

WYROK
z dnia 19 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2016r. przez **wykonawcę Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha 8** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnikę Warszawską z siedzibą w Warszawie, Pl. Politechniki 1**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha 8** i
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha 8** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2301/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na obsługę prawną Politechniki Warszawskiej z wyłączeniem zastępstwa procesowego przez okres 3 lat od podpisania umowy zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2016r. za numerem 2016/S 061-104853.

W dniu 25 listopada 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie zgodnie z art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r, poz. 2164), zwanej dalej ustawą. W uzasadnieniu wskazał, że w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania, a decyzją o unieważnieniu postępowania ujawniła się istotna zmiana okoliczności w pełni odpowiadająca przesłance, o której mowa ww. przepisie.

Rok 2016, na przełomie pierwszego i drugiego kwartału był rokiem wyborczym (dokonywano wyboru władz Uczelni zamawiającego), a miało to miejsce w okresie, w którym zewnętrzna obsługa prawna została wyłączona (dotychczasowa umowa w zakresie wewnętrznej obsługi prawnej obowiązywała do dnia 16 stycznia 2016r.). W związku z tym, co zamawiający przewidział, dla zabezpieczenia okresu wyborczego w Biurze Organizacyjno Prawnym Politechniki Warszawskiej (dalej Biuro) na pełen etat radcowski zatrudniono na umowy okresowe dwóch radców prawnych (od dnia 20.01.2016 r. jedna osoba i od dnia 25.01.2016 r. druga osoba). Nowi pracownicy - radcy prawni za zadanie mieli przejąć obsługę prawną Biura Rektora, która dotychczas była wykonywana przez Kancelarię zewnętrzną.

Zamawiający uważa, że nie był jednak w stanie przewidzieć liczby spraw, które trafią do wewnętrznej obsługi prawnej jako wpływ do Biura (o ilości spraw w znaczącej części nie decyduje sam zamawiający, dlatego uważa, że nie jest w stanie tego przewidzieć, choćby z tego powodu, że nie można określić ile razy w danym roku wystąpi potrzeba zawarcia umów/porozumień lub uzgodnienia dokumentacji, o którą wnioskować będą podmioty zewnętrzne i jednostki wewnętrzne zamawiającego) i jaka z tej liczby w ramach obsługi wewnętrznej etatowej będzie możliwa do załatwienia. W całym roku 2015 liczba spraw

wyniosła 2939 (wpływ do Biura) i w tej ilości możliwa była do załatwienia jedynie w stanie etatowym radców prawnych, który miał miejsce w 2015 r., a także przy istniejącej obsłudze prawnej realizowanej przez Kancelarię zewnętrzną. Przewidywano przed wszczęciem postępowania, że zapewnienie wewnętrznej obsługi prawnej jest możliwe jedynie przy połączeniu niezbędnej obsługi prawnej etatowej i Kancelarii zewnętrznej. Jednakże tok prowadzonego postępowania w jego początkowej fazie ujawnił, zdaniem zamawiającego, następującą okoliczność: pomimo większej ilości spraw stanowiących wpływ do Biura, niż to możliwe było do przewidzenia, możliwe jest zapewnienie prawidłowej obsługi

przez zespół prawny składający się z dodatkowych dwóch osób zatrudnionych w ramach etatu radcowskiego, co też zdaniem zamawiającego nie było możliwe do przewidzenia. W ocenie zamawiającego prowadziło to do oczywistego wniosku, iż upadł cel leżący u podstaw wszczętego postępowania w takim co najmniej zakresie, w jakim rozpisano zamówienie na cały opis przedmiotu zamówienia - należało w tej fazie skorygować przedmiot zamówienia, co na podstawie Prawa zamówień publicznych nie było już możliwe. Taki stan rzeczy nakazał zamawiającemu ponowną ocenę stanu faktyczno-prawnego, w stosunku do tej, której dokonał przed wszczęciem postępowania a to przez pryzmat treści art. 44 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów;
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Mając powyższe na względzie zamawiający wskazał, że na dzień 20.11.2016 r. wpływ spraw do Biura wyniósł 5613, co przy decyzji z dnia 24 października 2016 r. o zatrudnieniu trzech dodatkowych radców prawnych (jeden pełen etat radcowski i dwie osoby na pół etatu) - dokonanej po analizie sprawy w świetle ww. artykułu ustawy o finansach publicznych – pozwala, w ocenie zamawiającego, bezspornie ustalić, iż całkowicie zaspokojono potrzebę zamawiającego do zapewnienia bieżącej obsługi prawnej. Dalsze zatem prowadzenie postępowania stało się niecelowe i gdyby nie doszło do jego unieważnienia skutkowałoby to wprost ugodzeniem w interes publiczny. Wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, gdyż niecelowe jest zaciąganie zobowiązań finansowych w tym samym przedmiocie i to w przypadku, gdy zamawiający zapewnia realizację potrzeb wewnątrz jednostki lub gdy może to zrobić bez zlecenia obsługi prawnej na podmiot zewnętrzny.

Postępowanie zgodnie z interesem publicznym, w tym stanie faktycznym i prawnym, mając na swej wadze niecelowość wydatkowania środków publicznych poza Uczelnię, a zatem sfery praw i obowiązków, która nie tylko dotyczy zamawiającego ale wszystkich obywateli, nakazuje w myśl przywołanej na wstępie normy prawnej postępowanie to unieważnić. Słuszność tej drogi jest także wyrażona w poglądzie, który zamawiający podziela, o prymacie stosunku pracy (w tym wypadku z prawnikami zatrudnionymi w Biurze w 2016 r.) nad stosunkiem usług, czy umów zlecenia, który „zna” też Prawo zamówień publicznych. Nie bez znaczenia, w ocenie zamawiającego, jest też wymiar ekonomiczny tejże decyzji, gdyż ustalono, że zatrudnienie etatowe radców prawnych pozwalające na obsługę prawną jest kosztem nieporównywalnie niższym od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w roku 2016 będąc niejako zmuszony do zapewnienia obsługi prawnej

własnymi siłami wprowadził zmiany organizacyjne, które przyniosły zamierzony skutek a ponadto, w tym zakresie skutkowało lepszą wydajnością oraz organizacją pracy, przez co przyczyniły się do znacznego ograniczenia spraw wymagających zewnętrznej konsultacji prawnej. Biorąc pod uwagę powyższe, czyniąc zadość przepisom prawa, zamawiający postanowił, że nie będzie zlecał usługi objętej postępowaniem na zewnątrz i stąd też postanowił jak na wstępie.

W dniu 5 grudnia 2016r. wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha 8 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 grudnia 2016r. udzielonego przez partnera upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 grudnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz ustawą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż prowadzi działalność gospodarczą w zakresie obsługi prawnej podmiotów publicznych, wobec czego jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Zasada poszanowania wolnej konkurencji, wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy, nakazuje przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z prawem i proporcjonalny do jego charakteru. Naruszenie obu tych elementów przełoży się na sytuację wszystkich potencjalnych wykonawców. W uzasadnieniu odwołujący podniósł,

że zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na obsługę prawną Politechniki Warszawskiej. Następnie postępowanie zostało unieważnione z powołaniem się na spełnienie przesłanki wskazanej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, która zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Tym samym nie zamawiający nie kontynuował postępowania mimo, iż zostało wszczęte w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi, którego oferta byłaby najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że zgodnie z dorobkiem orzecznictwem, w tym z wyrokiem KIO z dnia 10 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 251/16 możliwość zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zachodzi jedynie w ściśle określonych warunkach ustawowych. Wynika z tego, że

podstawa prawna unieważnienia postępowania może mieć zastosowanie, jedynie w razie spełnienia się określonych ustawą warunków. W szczególności, przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy nie stanowi uprawnienia do dowolnego unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy nie leży to w dowolnie interpretowanym interesie zamawiającego. Jest to obowiązek zamawiającego, który jednocześnie został obwarowany licznymi zastrzeżeniami w ustawie. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie zamawiający nie spełnił określonych w tym przepisie warunków, co odwołujący wykaże w kolejnych punktach odwołania.

W wyroku z dnia 7 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1093/16, Izba stwierdziła, że to zamawiający ma obowiązek wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy opiera się na okolicznościach wiadomych tylko i wyłącznie jemu, iż okoliczności te zaistniały i wpisują się one w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Nie ulega wątpliwości, o czym świadczy treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, że przyczyny leżące u podstaw czynności unieważnienia zamawiającego leżą tylko po jego stronie, wobec czego to na nim spoczywał obowiązek wykazania zasadności i zgodności z prawem swojego działania. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości przesłanek do powołania się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, o czym odwołujący wspomni w dalszej części odwołania.

Odwołujący wskazał, że charakter przyczyny stanowiącej podstawę do unieważnienia postępowania był niejednokrotnie rozważany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Między innymi w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r. o sygn. akt KIO 99/16; KIO 110/16 Izba wskazała, iż; istotna zmiana okoliczności - w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy - powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. [...] Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. W ocenie odwołującego niniejszej sprawie zamawiający wręcz wprost zaznaczył, że przesłankę do podjęcia przez niego decyzji o unieważnieniu postępowania była przyczyna wewnętrzna, leżąca w całości po jego stronie. Jest to oczywiste naruszenie powyższego przepisu, co zamawiający próbuje uzasadnić błędnie interpretowanym interesem publicznym.

Także w odniesieniu do wykładni wskazanej powyżej klauzuli generalnej, Izba wypowiedziała się w sposób oczywiście sprzeczny z twierdzeniami zamawiającego, konstatując, że: publicznoprawny charakter regulacji ustawy nie może dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań motywowanych nieokreślonym interesem publicznym. Publicznoprawny

charakter przepisów ustawy oznacza, że zawarte w niej normy cywilnoprawne stanowią, w zakresie którego dotyczą, modyfikację przepisów k. c. i zawierają odstępstwo od zasady autonomii stron, na jakich jest oparta swoboda kontraktowania. Publicznoprawny charakter

postępowania o udzielenie zamówienia jest realizowany przez zamawiającego w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa., (wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r. o sygn. akt KIO 991/14; KIO 1001/14). W tym samym orzeczeniu Izba, wskazała, iż jednocześnie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i podejmowanie działań niosących skutek niewykonania danego zamówienia, podważa zaufanie do partnera publicznego wykonawców, którzy w związku z zamiarem uzyskania i wykonania zamówienia czynią wysiłek logistyczny i finansowy. Takie zachowanie zamawiającego nie powinno doznawać ochrony prawnej. W ten sposób dezaktualizuje się kolejna przesłanka zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że: (...) na dzień 20.11.2016 r. wpływ spraw do Biura wyniósł 5613, co przy decyzji z dnia 24 października 2016 r. o zatrudnieniu trzech dodatkowych radców prawnych (...) pozwala bezspornie ustalić, iż całkowicie zaspokoiono potrzebę. Odwołujący podniósł, iż przytaczana przez zamawiającego w zawiadomieniu ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz.1870) (zwana dalej „ustawą o finansach publicznych”) nie może stanowić podstawy do negocjowania przepisów ustawy. Są to akty prawne tego samego rzędu i zgodnie z zasadami wykładni powinny być interpretowane zgodnie ze sobą, w taki sposób aby uniknąć ewentualnych sprzeczności. Ponadto, cele obu ustaw są w zasadzie zgodne, gdyż dotyczą przede wszystkim zapewnienia prawidłowości w wydatkowaniu środków publicznych. Pod tym względem obie także się uzupełniają, ponieważ ustawa wprowadza reguły efektywnego ich wydawania. W niniejszej sprawie zamawiający niesłusznie próbuje przedłożyć moc wiążącą przepisów ustawy o finansach publicznych nad przepisy ustawy i tym samym ukryć swoją niekonsekwencję w działaniu. Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne na świadczenie pomocy prawnej i sam fakt innego wyobrażenia o organizacji świadczone pomocy prawnej nie może stanowić przesłankę do unieważniania postępowania o zamówienie publiczne. W

żadnym razie, zdaniem odwołującego, nie usprawiedliwia wskazany przez Zamawiającego przepis ustawy o finansach publicznych czynności unieważnienia postępowania, o zamówienie publiczne.

Mimo obszernie cytowanych przepisów ustawy o finansach publicznych w uzasadnieniu unieważnienia, w szczególności części norm art. 44 ww. ustawy – w ocenie odwołującego uszło uwadze zamawiającego, iż zgodnie z przepisem art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych (a do takiego zalicza się zamawiający) zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej - jednocześnie brak przepisów wyłączających stosowanie ustawy przez Politechnikę Warszawską

Odwołujący zarzucił zamawiającemu działanie w złej wierze polegające na podjęciu decyzji o zatrudnieniu trzech dodatkowych radców prawnych w dniu 24 października 2016 r. mimo świadomości o trwającym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które przewidywało zlecenie wykonywania ich zadań podmiotowi zewnętrznemu. Z informacji podanych na stronie internetowej zamawiającego wynika, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 12 kwietnia 2016 r., z czego zdaniem odwołującego daje się wysnuć gruntowna niekonsekwencja w działaniu. Jeżeli podjęto decyzję o zleceniu obsługi prawnej w drodze zamówienia publicznego, to zatrudnienie kolejnych pracowników do realizacji tego zadania jawi się jako działanie nie zasługujące na ochronę prawną w świetle cytowanego już orzeczenia KIO z dnia 3 czerwca 2014 r. W szczególności nie stanowi to podstawy do unieważnienia postępowania z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego o prymacie stosunku pracy (w tym wypadku z pracownikami zatrudnionymi w Biurze w 2016 r.) nad stosunkiem usług, czy umów zlecenia, który „zna też Prawo zamówień publicznych (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania). Co prawda, art. 29 ust. 3a znowelizowanej ustawy, która weszła w życie 28 lipca 2016 r. zobowiązuje zamawiających do wskazania czynności w toku realizacji zamówienia, do których wymagane jest zatrudnienie osób na podstawie umowy o

pracę, z czego zamawiający wysuwa cytowany wniosek. Jest to błędne rozumowanie, gdyż ani prawodawca krajowy, ani unijny nie wskazali w sposób wyraźny o prymacie zatrudnienia pracowników wewnątrz jednostki względem zlecenia wykonywania tych zadań podmiotowi trzeciemu, który również zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę. Zdaniem odwołującego nie można pominąć, że decyzja o zatrudnieniu została podjęta w październiku br. a postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w kwietniu br. tym samym tłumaczenia zamawiającego o różnej od jego wyobrażeń liczbie spraw w rzeczywistości pozostają bez wpływu na ziszczenie przesłanki do unieważnienia. Prezentowana argumentacja w informacji o unieważnieniu jest, w ocenie odwołującego, chybioną tym bardziej, że postępowanie prowadzone było w trybie negocjacji z ogłoszeniem i ostatnią z czynności podjętych, o których odwołujący wie - to spotkania negocjacyjne, w tym jedno z odwołującym - mające na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślił, iż miało to miejsce na wiele tygodni przed zatrudnieniem osób w stosunku pracy, a ostateczny kształt OPZ nie został odwołującemu przesłany - więc jak można domniemywać nie zrekapitulowano ostatecznego wymiaru pomocy prawnej świadczonej z wykorzystaniem umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący przechodząc do rozważań nad ostatnim argumentem wskazanym w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, w którym zamawiający twierdzi, iż dla podjęcia decyzji o umorzeniu postępowaniu miał znaczenie także wymiar ekonomiczny

sytuacji, w której się znalazł. Twierdzenie to, w ocenie odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż różnica między zatrudnieniem pracowników, a zleceniem zadania podmiotowi zewnętrznemu jest zbyt duża, aby móc ją ocenić w sposób tak prosty. Przede wszystkim jednak to zamawiający decyduje o warunkach, na których będzie realizowane zamówienie, a więc tym samym zgadza się na ich szacunkowy koszt.

Również chronologia prezentowanych zdarzeń wskazuje zdaniem odwołującego na możliwość przypisania zamawiającemu działania w złej wierze i świadomego oddziaływania na decyzje o unieważnieniu postępowaniu, którego podstawa prawna wymaga jednak zaistnienia nadzwyczajnych i zewnętrznych okoliczności. Istnieje możliwość, iż zamawiający po weryfikacji ofert wstępnych stwierdził, że nie zostały złożone przez podmioty oczekiwane przez zamawiającego, a nawet mogło dojść do sytuacji, w której zamawiający liczył na wybór konkretnego wykonawcy, a te wyobrażenia w jego ocenie się nie urzeczywistniały.

W dniu 16 grudnia 2016r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie żądając jego oddalenia i obciążenia kosztami postępowania odwołującego. W uzasadnieniu podniósł, że z zarzutem odwołania się nie zgadza, gdyż zarzut ten nie może się ostać w związku z treścią uzasadnienia odwołującego się, które odbiega od stanu faktycznego zaistniałego w sprawie i nie prowadzi do interpretacji przepisów prawa z punktu widzenia ratio legis w miejscu gdy:

I. odwołujący nie akceptuje informacji zawartej w treści decyzji o unieważnieniu postępowania, które zostało wyrażone w zdaniu kończącym to pismo, iż zamawiający podjął decyzję w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy o tym, iż nie będzie zlecał usługi objętej postępowaniem na zewnątrz, którą to decyzję zamawiający podjął działając w zakresie swojej autonomii gwarantowanej przez prawo materialne w związku ze zdarzeniami, których nie mógł przewidzieć a występujących w związku przyczynowo skutkowym, który to kumulatywnie spełnił przesłanki zapisane ww. przepisie,

Ponadto odwołujący ignoruje niewygodne dla siebie interpretacje przepisów prawa, na których zamawiający musi się oprzeć prowadząc postępowanie czy też podejmując decyzje o wydatkach publicznych wyrażając przy tym poglądy, które nie są do zaakceptowania z punktu widzenia podmiotu, który ma za nie wziąć odpowiedzialność np.

- 1) tłumacząc, że w zaistniałej sytuacji zamawiający mógł „zrekapitulować ostateczny wymiar czasu pracy” w drodze negocjacji przy zastosowaniu art. 58 ust. 2 ustawy;
- 2) wykluczając konieczność stosowania przez zamawiającego przy wydatkowaniu środków art. 44 ustawy o finansach publicznych;
- 3) błędnie interpretując interes publiczny, w którym stawia znak równości z własnym interesem (dla wykonawcy interes publiczny = interes wykonawcy) zamiast patrzeć na sprawę obiektywnie z perspektywy jakiej pojęcie interpretacji „interesu publicznego” tego wymaga,

Odwołujący ignoruje fakty zatrudnienia radców prawnych (2 etaty) w styczniu 2016 r.

próbując wywrzeć wrażenie, że miało to miejsce jedynie w październiku 2016r. , a więc wbrew stanowi faktycznemu i temu co zostało w decyzji o unieważnieniu postępowania napisane, oraz odwołujący powołuje na obronę swojego stanowiska wyroki, które są nieadekwatne w zakresie stanu faktycznego tej sprawy.

Na wstępie zamawiający zauważył, iż odwołujący mając w tym indywidualny interes prawny, poprzez zastosowanie środków ochrony prawnej (Dział VI Prawa zamówień publicznych); nie tyle żąda zmiany decyzji zamawiającego, która w swej istocie nie dotyczy w rzeczy samej unieważnienia czynności zamawiającego o unieważnieniu postępowania, co chce ugodzić w prawo zamawiającego do samostanowienia w zakresie rozdysponowania środków finansowych, a zatem w sferę zarezerwowaną dla wewnętrznej autonomii zamawiającego, jako uczelni publicznej i gwarantowanej mu przez Konstytucję RP i ustawę właściwą tj.:

- art. 70 ust. 5 Konstytucji RP w brzmieniu: „Zapewnia się autonomię szkół wyższych na zasadach określonych w ustawie”,

- art. 4 ust. 1 Prawo o szkolnictwie wyższym w brzmieniu: „Uczelnia jest autonomiczna we wszystkich obszarach swojego działania na zasadach określonych w ustawie”.

- art. 100 ust. 4 Prawo o szkolnictwie wyższym w brzmieniu: „Uczelnia publiczna prowadzi samodzielną gospodarkę finansową na podstawie planu rzeczowo-finansowego, zgodnie z przepisami o finansach publicznych”.

W ocenie zamawiającego odwołujący się swym działaniem próbuje wywołać negatywne skutki dla zamawiającego stanowiące o pogwałceniu art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych w brzmieniu:

„Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań”, o czym będzie mowa poniżej.

Zamawiający wywodził, że na gruncie tej sprawy, że odwołujący chcąc się posłużyć merytorycznym rozstrzygnięciem Izby, próbuje przedłożyć własny interes jako wykonawcy nad ważnym interesem publicznym, którego ochrona przejawiona w decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest w obecnej chwili zagrożona właśnie wyłącznie w skutek działania wykonawcy, albowiem wykonawca próbuje zmusić zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Stąd też zamawiający uważa, że konieczna jest obrona praw zamawiającego, który wchodząc w spór wszczęty przez odwołującego się, działa w imieniu i na rzecz interesu

publicznego, chroniąc jednocześnie prawo zamawiającego do racjonalnego i celowego sposobu wydatkowania środków publicznych.

W tym stanie faktycznym i prawnym, w ocenie zamawiającego, tylko rozstrzygnięcie Izby o oddaleniu odwołania może unicestwić niebezpieczeństwo naruszenia przepisów prawa, które pojawiło się wraz z odwołaniem wykonawcy. To właśnie decyzja Izby o oddaleniu odwołania uczyni, zdaniem zamawiającego, zadość wymogom prawa, które nakłada na zamawiającego ustawa, ustawa o finansach publicznych oraz ustawa właściwa.

1. REWIZJA PODSTAW ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA OBSŁUGĘ PRAWNĄ

Zamawiający podkreślił, że po wszczęciu postępowania w skutek wystąpienia okoliczności, których nie mógł przewidzieć przed wszczęciem postępowania dokonał samokontroli i uznał, że w sprawie ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Wskazał, iż w zakresie obsługi prawnej zewnętrznej posiada wieloletnie doświadczenie bezpośrednio poprzedzające okres, w którym zostało wszczęte postępowanie.

Doświadczenie to sięga 7 lat wstecz, gdzie nieprzerwanie w ramach umów o zamówienia publicznie do dnia 16 stycznia 2016 r. prowadzona była zewnętrzna obsługa prawna.

A zatem w okresie poprzedzającym toczące się postępowanie zamawiający znał tylko takie status quo, które w zakresie obsługi prawnej obejmowało;

1) obsługę prawną w ramach kancelarii zewnętrznej odpowiadającą przedmiotowi zamówienia określonym w postępowaniu wraz z jednoczesną

2) obsługę prawną w ramach Biura Organizacyjno-Prawnego realizowaną przez radców prawnych (2 etaty radcowskie od 2007).

Tym samym wraz z dniem 17 stycznia 2016 r. zamawiający znalazł się w sytuacji dotyczącej zagadnienia obsługi prawnej, w której nie był przez okres wielu lat wstecz. Stąd też

przewidując konieczność zapewnienia obsługi prawnej dla największej uczelni technicznej w Polsce i to w okresie poprzedzającym okres wyborczy (fakty notoryjne), zamawiający zdecydował o zatrudnieniu w styczniu 2016 r. dwóch radców prawnych.

Zamawiający stoi na stanowisku, że nie mógł przewidzieć efektu czasowej zmiany sposobu obsługi prawnej w stosunku do tej, która mu znana była od wielu lat (por. pkt 1.2.) oraz ilości spraw wymagających załatwienia przez radcę prawnego tzw. wpływu. Efekt ten był zaskakujący i prowadził do odmiennego niż możliwego do wyciągnięcia przed wystąpieniem tych okoliczności wniosku, że przy zwiększonej ilości spraw, co zamawiający porównał do roku poprzedzającego, a także przy zwiększonej etatowo obsłudze prawnej na stanowisku radców prawnych stało się niecelowe zlecenie zewnętrznej obsługi prawnej, co najmniej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia opisanemu w postępowaniu, w związku z faktem że obsługa prawna wewnętrzna była prowadzona przy zabezpieczeniu potrzeb zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający podkreślił, że nie mógł przewidzieć, że już zwiększenie etatów radców prawnych o dwie osoby będzie tak doniosłe dla obsługi

wszystkich spraw prawnych wymagających uzgodnień wewnętrznych zamawiającego, których liczba nadspodziewanie wzrosła w 2016 r.

Taki stan rzeczy spowodował, iż zamawiający zobowiązany był dokonać ponownej oceny stanu faktyczno-prawnego w związku z ujawnionymi okolicznościami, co było jego zewnętrznym przymusem i to w świetle obowiązków zamawiającego wynikających z art. 44 ustawy o finansach publicznych, a zatem ustawy, która stanowi ograniczenie uczelni w jej autonomii przy wydatkowaniu środków finansowych. Nie mógł tego zaniechać, a skoro nie mógł zaniechać, to ocenę tą uczynił.

Wskazał, że w pierwszej kolejności na bazie zmiany okoliczności zaczął rozważać drogę zmiany w przedmiocie zamówienia (zmniejszenie zakresu zamówienia). Jednakże analiza ta nie była dla zamawiającego korzystna. Ze względu na tryb postępowania - negocjacje z ogłoszeniem i w takim ruchu ograniczył zamawiającego przepis art. 58 ust. 2 ustawy, gdzie negocjacje z Wykonawcami są możliwe jedynie w zakresie doprecyzowania lub uzupełnienia przedmiotu zamówienia. Zmiana zakresu przedmiotu zamówienia nie była tu zatem możliwa, o czym także napisał zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania.

Na pewnym etapie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający rozważał inną alternatywę tj. zmianę w zakresie charakteru wynagrodzenia wykonawców w tym postępowaniu z ryczałtowego na takie, w którym wynagrodzenie jest należne jedynie za wykonanie zleconych czynności (wtedy miałby wpływ w okresie trwania umowy na wydatkowanie pieniędzy publicznych). To jednak również musiałoby być uznane za istotną zmianę przedmiotu zamówienia, stąd też pomysł okazał się niemożliwy do realizacji w zgodzie z prawem.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem z założenia zapewnia możliwość wprowadzenia zmian do opisu przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy, gdyż temu celowi, jak to wynika z art. 58 ust. 2 ustawy, mają służyć rokowania prowadzone z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Granice doprecyzowania i uzupełniania zostały określone relatywnie szeroko

w art. 59 ust. 2 ustawy przez odwołanie się do kryterium istotności zmian w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu czy warunków. W ten sposób z mocy ustawy zakres negocjacji jest ograniczony dokonany przez zamawiającego w wyjściowej siwz opisem przedmiotu zamówienia i sformułowanymi tam warunkami umowy, gdyż nie jest możliwa ich zasadnicza zmiana (por. wyrok KIO nr 1315/12; 1330/12 z dnia 6 lipca 2012). Wyniki tej analizy skierowały zamawiającego na drogę konieczności oceny celowości całego postępowania.

Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się powszechnie rozumienie pojęcia interesu publicznego wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań

ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej realizowanych w drodze świadczeń powszechnie dostępnych.

Dalsza ocena stanu sprawy zbiegła się w czasie z zapytaniem Ministra do spraw Nauki Szkolnictwa Wyższego, a zatem z czynnikiem zewnętrznym niezależnym do zamawiającego, o koszty dotychczas ponoszone przez zamawiającego w ramach obsługi prawnej zewnętrznej w porównaniu do kosztów obsługi prawnej prowadzonej przez Biuro

Organizacyjno Prawne PW. Wnioski z tego porównania zostały zawarte w udzielonymi Ministrowi sprawozdaniu i stanowiły dodatkową przyczynę do decyzji zamawiającego podjętej na późniejszym etapie albowiem z uwagi na wymiar ekonomiczny zamówienia publicznego przy ujawnieniu nowej okoliczności, iż prawidłowa obsługa prawna jest możliwa bez zlecenia zamówienia na obsługę prawną na zewnątrz.

A zatem w takim stanie faktycznym zdaniem zamawiającego bezspornie ujawniła się okoliczność, iż to właśnie interes publiczny objawia się w zahamowaniu wydatków na ewentualną obsługę prawną świadczoną przez kancelarię zewnętrzną w ramach zamówienia publicznego.

Wniosek zawarty w decyzji o unieważnieniu postępowania dotyczący wymiaru ekonomicznego decyzji na korzyść obsługi prawnej wewnętrznej potwierdziła także symulacja poczyniona już po zatrudnieniu nowych radców prawnych w październiku 2016 r. porównując przybliżony koszt pracodawcy dla wynagrodzenia dla dodatkowych 3 etatów radcowskich.

Szacunkowa wartość zamówienia to kwota 1 328 400, 00 zł (w skali trzech lat przy zaangażowaniu 25 h tygodniowo), przy czym odpowiada to jednemu etatowi radcowskiemu ze względu na zaangażowanie godzinowe określone w postępowaniu.

Przy założeniu, że przy zamówieniu publicznym, w oparciu o procedury zapisane w ustawie, na obsługę prawną uczelni istnieje interes publiczny to należy dowodzić, iż ma to miejsce jedynie pod warunkiem,

że tej obsługi brakuje, co też należy ocenić, że tego interesu nie ma w prowadzonym postępowaniu w sytuacji gdy warunek braku obsługi prawnej nie jest ziszczony w związku z zapewnieniem prawidłowej obsługi prawnej w ramach własnych zasobów kadrowych i bez umowy o zamówienie publiczne lub też gdy taką obsługę można zapewnić w ramach wydatkowania środków publicznych w wielokrotnie niższej kwocie wybierając pomiędzy obsługą prawną etatową a w ramach zamówienia publicznego. Przy dokonywaniu wydatków publicznych zamawiającego obowiązują następujące zasady: celowości, oszczędności, efektywności, terminowości, zgodności z zaciągniętymi zobowiązaniami.

To właśnie ustęp 3 artykułu 44 ustawy o finansach publicznych przewiduje następujące zasady ponoszenia wydatków publicznych, które powinny zostać spełnione łącznie:

-
- 1) celowość - powiązana z zasadą słuszności - wydatek będzie traktowany jako celowy, jeżeli jego poniesienie jest niezbędne do wykonania zadania publicznego,
 - 2) oszczędność - obniżenie w możliwym stopniu wydatków koniecznych na realizację zadania z zastrzeżeniem granicy, w której przełożyłoby się to na spadek jakości działalności,
 - 3) skuteczność - optymalny dobór środków i metod do realizacji konkretnego celu,
 - 4) efektywność - uzyskanie najlepszych wyników w związku z ponoszonymi nakładami,
 - 5) terminowość - ponoszenie wydatków w określonych terminach, (patrz Dzwonkowski Henryk (red.), Gołębiowski Grzegorz (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy, Wyd. Sejmowe 2014, LEX wydanie elektroniczne pod art. 44 ustawy o finansach publicznych)

Przestrzeganie ww. zasad jest też przedmiotem kontroli instytucji zewnętrznych, w tym Najwyższej Izby Kontroli, której historyczne motto głosi:

„Ktokolwiek grosz publiczny do swego rozporządzenia odbiera, wydatek onegoż usprawiedliwić winien”, a także może rodzić odpowiedzialność w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Podkreślił, że zamawiającemu, tak jak każdemu innemu podmiotowi, w granicach prawa przysługuje swoboda kształtowania umów w zakresie optymalnego doboru środków i metod do realizacji celu jakim jest zapewnienie obsługi prawnej własnej instytucji.

W przypadku wyboru przez zamawiającego stosunku umowy o pracę zamiast umów cywilnoprawnych, polega to na niczym innym jak na ograniczeniu własnej swobody - do umów o zamówienie publiczne mają przecież zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, w tym art. 353(1) k.c. w zw. z art. 300 kodeksu pracy.

Jest też według niego jasne, że ratio decidendi decyzji zamawiającego o zatrudnieniu radców prawnych i w oparciu o zatrudnienie prowadzenie obsługi prawnej własnej instytucji służy także wsparciu tej formy angażowania personelu do wykonywania własnych zadań. Chodzi tu przede wszystkim o konieczność realizacji własnych czynności w sferze praw i obowiązków a także zaciąganiu zobowiązań (czynności zamawiającego), przy niezbędnym udziale profesjonalnej obsługi prawnej.

Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy stosunek pracy charakteryzuje się wykonywaniem pracy

określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Umowa zlecenia w zasadzie nie może jednak podlegać na pozostawieniu w dyspozycji zlecającego i wykonywaniu zlecającego i wykonywaniu jego poleceń na bieżąco. Te wytyczne wskazują, że zamówienia, których realizacja polega na obecności personelu w wyznaczonym czasie i miejscu najczęściej powinny się wiązać z umową o pracę. Ocena wymiaru ekonomicznego nakazuje, zdaniem zamawiającego, także patrzeć pod kątem czasowego zaangażowania w proces obsługi zamówień publicznych, gdzie przy postępowaniu to zaangażowanie wyznaczono zgodnie z rozdziałem III pkt 2 na:

„w siedzibie JM Rektora PW we wszystkie dni robocze - od poniedziałku do piątku w godzinach 10:00-15:00. W ramach realizacji umowy wykonawca będzie zobowiązany do udziału w spotkaniach z Rektorem i Kanclerzem także poza ww. terminami dyżurów, w zależności od potrzeb zamawiającego/ czyli 25 h tygodniowo, czego w ocenie zamawiającego nie można porównać z wymiarem czasu pracy radców prawnych przy zatrudnieniu etatowym (od października 2016 r. i w dacie wydania decyzji o unieważnieniu postępowania dodatkowo pracę wykonywało 3 radców prawnych (1 etat i 2 x 0,5 etatu). 4.7. Zamawiający uważa, że musiał zapewnić obsługę prawną w związku z faktem upływu terminu realizacji umowy na obsługę prawną zewnętrzną z dniem 16 stycznia 2016 r. i czyniąc to wybrał stosunek pracy, który zaciążył w konsekwencji na ostatecznej decyzji zamawiającego.

Zamawiający widząc niecelowość niniejszego postępowania postanowił wybrać spośród zapisów ustawy ten, który pozwoli na jego zakończenie, a także, który jednocześnie przewiduje brak uzasadnienia dla przyszłej realizacji zamówienia. Zdaniem zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy jest odpowiednikiem zapisów o bezprzedmiotowości postępowania, które stosuje się w innych znanych w polskim prawie procedurach. W tym stanie faktycznym sprawy dla zamawiającego zastosowanie tego przepisu stało się jedynym możliwym wyjściem, dlatego też pogłębiona ocena Izby przy wydaniu nie może tego faktu przeoczyć. Zadaniem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w każdym jego momencie - tu przed zaproszeniem do złożenia ofert, gdy tylko zauważy, że ziściła się przesłanka.

Zamawiający wskazał, że zmiana okoliczności rzeczywiście wystąpiła tj. poprzez fakt zatrudnienia radców prawnych, pozytywna ocena zadań zamawiającego w obszarze governance przy zmianie okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć.

Po drugie zamawiający wykazał, iż jest to zmiana istotna - albowiem zapewniono już obsługę prawną dla zamawiającego, co udowadnia,

że chroniony teraz przez zamawiającego interes publiczny - „Wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, gdyż niecelowe jest zaciąganie zobowiązań finansowych w tym samym przedmiocie i to w przypadku gdy zamawiający zapewnia realizację potrzeb wewnątrz jednostki” jak napisano w decyzji o unieważnieniu postępowania.

A zatem zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2002 r. (VCa 960/02), zamawiający wykazał, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny i może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Podkreślił, że jego stanowisko jest zgodne z tezą zawartą w wyroku KIO/UZP 628/10, gdzie jest mowa, iż „(...) powyższa przesłanka unieważnienia postępowania rozumiana jest jako przejaw ochrony interesu publicznego, utożsamianego z celowym, gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem

środków publicznych. Zmiana okoliczności może dotyczyć sytuacji gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takiej sytuacji zamawiający, mając na uwadze interes publiczny, posiada możliwość unieważnienia postępowania”. Stanowisko zamawiającego jest także zgodne z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. (V Ca 2224/03), jak również z wyrokiem Krajowej Izby odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP 262/08), wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2009 r. (V Ca 1187/09).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz z dowodów przedłożonych na

rozprawie przez zamawiającego

W ocenie Izby stan faktyczny w niniejszej sprawie jest bezsporny.

W Biurze Organizacyjno Prawny od 2007r. na czas nieokreślony zatrudnieni są K. A. na jeden etat i O. – K. J. na jeden etat (zaświadczenie).

Z zestawienia dotyczącego umów na obsługę prawną wynika, że od 2009r. zamawiający zlecał obsługę prawną firmom zewnętrznym, przy czym mimo wskazania, że zakres przedmiotowy był tożsamy z niniejszym postępowaniem, to z umów za 2012 i 2013-2015 wynika, że umowy te obejmowały także zastępstwo procesowe, co nie jest przedmiotem niniejszego postępowania.

W okresie od 16 stycznia 2012r. do 31 grudnia 2012r. zamawiający miał zawartą umowę o obsługę prawną obejmującą zastępstwo procesowe oraz zakres bieżącej obsługi zamawiającego odpowiadający opisowi przedmiotu niniejszego zamówienia ustalonego poniżej za cenę 62 000zł. miesięcznie zawartą w trybie zamówienia z wolnej ręki (umowa z dnia 16 stycznia 2012r.) W okresie 3 lat od 16 stycznia 2013r. zamawiający miał zawartą umowę o obsługę prawną obejmującą zastępstwo procesowe oraz zakres bieżącej obsługi zamawiającego odpowiadający opisowi przedmiotu niniejszego zamówienia ustalonego poniżej za cenę 62 000zł. miesięcznie zawartą w trybie zamówienia z wolnej ręki (umowa z dnia 16 stycznia 2013r.).

Z zarządzeń okólnych nr 1/2013, 5/2013 wynika, że wówczas istniał wyraźny podział zadań pomiędzy kancelarię zewnętrzną, a Biuro Organizacyjno Prawne, natomiast z zarządzeń okólnych nr 1/2016 i 9/2016 wynika, że od 18 stycznia 2016r. obsługę prawną zamawiającego wykonuje Biuro Organizacyjno-Prawne, a w zakresie zastępstwa procesowego i związanych z tym porad i konsultacji adw. A. B..

Z Dziennika spraw zarejestrowanych w Biurze Organizacyjno Prawnym w 2015r. wynika, że w okresie od 7 stycznia do 23 grudnia 2015r. wpłynęły 2941 pisma i były one rozpatrywane w

przeważającej mierze przez K. A. i Odwołujący – K. J. Sporadycznie pojawiają się inne nazwiska np. K., S., S., ale nie są to także osoby wskazane jako świadczące obsługę prawną zewnętrzną w wyżej opisanej umowie. Izba na podstawie tego dowodu wnioskuje, że ilość spraw objęta wpływem dotyczy wyłącznie spraw rozpoznawanych przez Biuro Organizacyjno Prawne i nie dotyczy spraw bieżącej zewnętrznej obsługi zamawiającego w tym zakresie przez adw. A. B..

Z Dziennika spraw zarejestrowanych w Biurze Organizacyjno Prawnym w 2016 wynika, że Biuro do 16 grudnia 2016r. obsłużyło 6292 wnioski, a w informacjach o osobie referenta pojawiają się osoby zgodnie z chwilą ich zatrudniania takie jak Ś. A., B. M., Z. – S. W. Pojawiają się także osoby nie wskazane w zaświadczeniu, które Izba wskazywała opisując poprzedni Dziennik. Z tego dowodu Izba ustala, że faktycznie zamawiający zatrudnił dodatkowe osoby w Biurze Organizacyjno Prawnym, te które wskazał w zaświadczeniu i że świadczą one pracę na jego rzecz. Z zestawienia tego również Izba ustaliła, że brak obsługi prawnej zamawiającego w tym okresie spowodował ponad dwukrotny wzrost liczby spraw rozpoznawanych przez Biuro Organizacyjno Prawne.

Z wniosku o udzielenie zamówienia publicznego z 17 grudnia 2015r. wynika, że zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia na kwotę 1 328 400zł, co przy 36 miesięcznym okresie trwania umowy daje kwotę 36 900zł.

W styczniu 2016r. zamawiający zatrudnił w Biurze Organizacyjno Prawnym 2 osoby B. M. z 1 etat na okres 20.01.2016-19.04.2016 przy czym zakres obowiązków określa kierownik Biura Organizacyjno-Prawnego i ten zakres nie został złożony i Ś. A. od 25.01.2016r. do 24.04.2017r. na 1 etat co do zakresu obowiązków tak jak u pierwszej osoby. (dowód: zaświadczenie i anonimizowane umowy o prace zidentyfikowane na podstawie okresów ich zawarcia). W dniu 26 marca 2016r. wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na obsługę prawną zamawiającego z wyłączeniem zastępstwa procesowego na okres 3 lat. (ogłoszenie o zamówieniu). Od dnia 18 stycznia 2016r. do 17 stycznia 2019r. zamawiający zawarł w trybie zamówienia z wolnej ręki umowę o zastępstwo procesowe z adw. A. B. na kwotę 32 000zł. miesięcznie (umowa z dnia 8 stycznia 2016r.)

W dniu 16 marca 2016r. nastąpił wybór J. S. na Rektora Politechniki Warszawskiej od dnia 1 września 2016r. do 31 sierpnia 2020r.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie dla zamawiającego usług w zakresie stałej obsługi prawnej zamawiającego, z wyłączeniem wykonywania zastępstwa procesowego. W ramach wykonywania stałej obsługi prawnej wykonawca będzie zobowiązany do

świadczenia na rzecz zamawiającego usług doradztwa prawnego, polegającego w szczególności na:

- 1.1. wydawaniu opinii prawnych;
- 1.2. przygotowywaniu, opiniowaniu i udziale w opracowywaniu wskazanych przez zamawiającego projektów \ wewnętrznych aktów prawnych PW;
- 1.3. opiniowaniu i opracowywaniu projektów umów oraz udziale w negocjacjach przy zawieraniu przez PW umów z krajowymi i zagranicznymi podmiotami;
- 1.4. pełnieniu stałego dyżuru prawnego w siedzibie JM Rektora PW we wszystkie dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 10:00-15:00;
- 1.5. przygotowywaniu projektów pełnomocnictw;
- 1.6. uczestniczeniu i asyście prawnej - na życzenie Rektora lub Kanclerza - w spotkaniach z podmiotami krajowymi i zagranicznymi;
- 1.7. uczestniczeniu w posiedzeniach Senatu oraz - na życzenie Rektora lub Kanclerza - w posiedzeniach kolegium rektorskiego i innych ciał kolegialnych PW, komisji dyscyplinarnych oraz Rzecznika Dyscypliny;
- 1.8. informowaniu na bieżąco Rektora, Kanclerza i Kwestora o zmianach w prawnym uczelni i obowiązującym stanie dotyczącym działalności konieczności dostosowania wewnętrznych aktów prawnych do zmieniającego się stanu prawnego;
- 1.9. udziale w regulacji stanu prawnego nieruchomości należących do PW (w szczególności, ustalania statusu prawnego nieruchomości);
- 1.10. przygotowywaniu projektów aktów notarialnych;
- 1.11. obsłudze prawnej transakcji związanych z nabywaniem, zbywaniem i obciążaniem nieruchomości przez PW;
- 1.12. wykonywaniu innych zleceń związanych z obsługą prawną nieruchomości oraz zadań inwestycyjnych planowanych i realizowanych przez PW
- 1.13. pełnieniu nadzoru nad prawidłową realizacją wszystkich kluczowych dla PW umów zawartych z podmiotami krajowymi i zagranicznymi; 1.14. obsłudze prawnej wskazanych przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówień publicznych;
- 1.15. obsłudze prawnej zamówień usług i dostaw o charakterze IT, w tym procesu wdrażania i eksploatacji zintegrowanego systemu informatycznego do wspomagania zarządzania uczelnią, w szczególności opartego o system SAP;
- 1.16. obsłudze prawnej kwestii podatkowo-finansowych, celnych, egzekucyjnych oraz pomocy publicznej;
- 1.17. obsłudze prawnej wskazanych przez zamawiającego zagadnień dot. własności intelektualnej oraz komercjalizacji wyników badań;
- 1.18. obsłudze prawnej wskazanych przez zamawiającego zagadnień dot. nadzoru właścicielskiego w spółkach prawa handlowego, w których PW ma swoje udziały;

-
- 1.19. obsłudze prawnej zagadnień związanych z procesem kształcenia, studiów, wskazanych przez zamawiającego spraw studenckich oraz postępowań dyscyplinarnych;
 - 1.20. obsłudze prawnej wskazanych przez zamawiającego spraw pracowniczych;
 - 1.21. obsłudze prawnej spraw dot. dostępu do informacji publicznej;
 - 1.22. wykonywaniu innych, wskazanych przez zamawiającego zadań związanych z przedmiotem zamówienia.

2. Wszystkie usługi wymienione powyżej w punktach od 1.1 do 1.22 będą świadczone zamawiającego w formie konsultacji bezpośrednich, zgodnie z zapotrzebowaniem sporządzania pism, opinii prawnych, opracowań i analiz, przygotowywania projektów dokumentów, wyjaśnień przepisów prawa, udziału w negocjacjach z podmiotami krajowymi i zagranicznymi, itp. W ramach wykonywania zamówienia, zapewniona będzie asysta prawna i doradztwo prawne w formie dyżurów, zgodnie z pkt 1.4., w siedzibie JM Rektora PW we wszystkie dni robocze -od poniedziałku do piątku w godzinach 10:00-15:00. W ramach realizacji umowy wykonawca będzie zobowiązany do udziału w spotkaniach z Rektorem i Kanclerzem także poza ww. terminami dyżurów, w zależności od potrzeb zamawiającego.

3. W ramach bieżącej obsługi prawnej oprócz osobistych konsultacji, zamawiający będzie miał zapewnioną możliwość pozyskiwania porad i informacji prawnych, jak też opinii prawnych z wykorzystaniem poczty elektronicznej (o ile zakres sprawy nie będzie wymagał osobistego spotkania); ponadto, w sprawach mniejszej wagi (nie wymagających opinii

pisemnych) dopuszczalne będą konsultacje telefoniczne pod wskazanymi numerami telefonów.

4. Wykonawca będzie na bieżąco sporządzał ewidencję prowadzonych spraw wraz z rejestracją przyjmowania i wydawania dokumentacji.

5. Wykonawca będzie sporządzał roczne sprawozdania z przeprowadzonej działalności, w tym listy i zakresu prowadzonych spraw. 6. Wspólny słownik zamówień (CPV): 79100000-5 (usługi prawnicze).

7. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

8. Zamawiający zastrzega, że kluczowe części zamówienia nie mogą zostać powierzone podwykonawcy. W przypadku korzystania z podwykonawcy/podwykonawców wykonawca musi wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy/podwykonawcom. Za kluczowe części zamówienia zamawiający przyjmuje zakres określony powyżej w punktach od 1.1 do 1.22 z wyłączeniem podpunktu 1.3 w części dot. umów w innym języku obcym niż język angielski oraz punktu 1.10 w całości. W postępowaniu wzięli udział adw. A. B. i Ć. i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty wstępne. Ostatnią

czynnością poprzedzającą informację o unieważnieniu postępowania było przeprowadzenie negocjacji w dniu 30 maja 2016r. (dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia).

Z pism kierowanych do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego wynika, że roczne wydatki na obsługę prawną wynosiły:

Wewnętrzne: 2013r. – 480 326,70zł., 2014r. – 508 746,60zł., 2015r. – 573 949,60zł. i 2016r. do 1 lipca 2016r. – 409 711,40zł.

Zewnętrzne: 2013r. – 1 712 900zł. w tym koszty obsługi procesowej – 372 000zł., 2014r. – 1 403 500zł. w tym koszty obsługi procesowej – 372 000zł., w 2015r. – 1 396 700zł. w tym koszty obsługi procesowej 372 000zł. i w 2016r. do 1 lipca 2016r. – 423 629,80zł., w tym koszty obsługi procesowej 160 000zł.

Z informacji NIK z 8 września 2016r. o zlecaniu usług prawnych przez samorządy wynika, że tendencją jest zlecanie całkowicie lub częściowo obsługi prawnej na zewnątrz, tylko jeden kontrolowany samorząd polegał na obsłudze własnej. W ocenie NIKu niemal 60% środków finansowych przeznaczonych na zewnętrzne usługi prawnicze wydanych zostało z naruszeniem prawa lub zasad należytego zarządzania finansami, a uchybienia dotyczyły zlecania usług prawnych poza ustawą Prawo zamówień publicznych, nieuzasadnionego podziału zamówienia na części w celu uniknięcia obowiązku stosowania ustawy, wadliwego ustalania wartości szacunkowej zamówienia, publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia z opóźnieniem, nieprzestrzeganiu regulacji wewnętrznych urzędów dot. zlecania usług prawnych. Izba ustaliła, że NIK w ramach oceny wyników kontroli w tym zakresie negatywnie oceniła zlecanie obsługi prawnej firmom zewnętrznym z pominięciem ustawy lub w trybie z wolnej ręki.

W październiku 2016r. zamawiający zatrudnił w Biurze Organizacyjno-Prawnym trzech dodatkowych radców w wymiarze 1 etat i 2 połowy etatu:

D. M. na okres od 24.10.2016r. do 23.01.2017r. na pół etatu na okres próbny, Z. – S. W. na okres 24.10.2016r. do 23.01.2017r. na pół etatu na okres próbny, G.-S. Przystępujący na

okres 25.10.2016r. – 24.01.2017r. na jeden etat (zaświadczenie oraz anonimizowane umowy o pracę). W listopadzie 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie o zamówienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy.

Według zamawiającego roczny koszt wynagrodzenia radców prawnych zatrudnionych w Biurze Organizacyjno Prawnym wynosi ok. 530 000zł., w tym szacunkowy koszt zatrudnienia radców prawnych zatrudnionych w roku 2016r. na trzech etatach wynosi około 315 000zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co wypełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy dopuszczalności materialnoprawnej odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez jego błędne

zastosowanie i unieważnienie postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Spór w niniejszej sprawie sprowadza się do sporu prawnego, czy w powyższych okolicznościach faktycznych zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania opisane w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy tj.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, na czym w niniejszym postępowaniu polega interes publiczny i przyznała rację zamawiającemu, że należy określić cel działania zamawiającego i jego zadania, które wynikają z ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym Dz.U.2016.1842 j.t. ze zm., zgodnie z art. 4 ust. 3 tej ustawy uczelnie, pełniąc misję odkrywania i przekazywania prawdy poprzez prowadzenie badań i kształcenie studentów, stanowią integralną część narodowego systemu edukacji i nauki.

Natomiast w myśl art. 13 ust. 1 cyt. ustawy podstawowymi zadaniami uczelni, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, są:

- 1) kształcenie studentów w celu zdobywania i uzupełniania wiedzy oraz umiejętności niezbędnych w pracy zawodowej;
- 2) wychowywanie studentów w poczuciu odpowiedzialności za państwo polskie, za umacnianie zasad demokracji i poszanowanie praw człowieka;
- 3) prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, świadczenie usług badawczych oraz transfer technologii do gospodarki;
- 4) kształcenie i promowanie kadr naukowych;
- 5) upowszechnianie i pomnażanie osiągnięć nauki, kultury narodowej i techniki, w tym poprzez gromadzenie i udostępnianie zbiorów bibliotecznych i informacyjnych;
- 6) prowadzenie studiów podyplomowych, kursów i szkoleń w celu kształcenia nowych umiejętności niezbędnych na rynku pracy w systemie uczenia się przez całe życie;
- 7) stwarzanie warunków do rozwoju kultury fizycznej studentów;
- 8) działanie na rzecz społeczności lokalnych i regionalnych;

9) stwarzanie osobom niepełnosprawnym warunków do pełnego udziału w:

- a) procesie kształcenia,
- b) badaniach naukowych.

Z powyższego wynika, że uczelnia zawiera umowy ze studentami, podmiotami gospodarczymi np. w zakresie wdrażania efektów prac badawczych i rozwojowych, może prowadzić działalność gospodarczą, może nabywać, remontować, przystosowywać np. dla osób niepełnosprawnych posiadany przez siebie potencjał nieruchomości, zatrudnia pracowników. Niewątpliwie zatem w tym zakresie dochodzi do prowadzenia negocjacji, zawierania umów, rozwiązywania umów, powstawania sporów, rozwiązywania ich w drodze pozasądowej jak i sądowej. W ocenie Izby aby ten proces przebiegał w sposób prawidłowy i umożliwiał prawidłowe i zgodne z prawem wykonywanie zadań uczelni potrzebna jest kadra osób należycie wykształconych zapewniających obsługę prawną zamawiającego i jej zapewnienie leży zatem w interesie publicznym. Zapewnienie tej obsługi jest możliwe jak wynika z toku rozprawy w różny sposób:

- własnymi zasobami kadrowymi,
- własnymi zasobami kadrowymi i podmiotami zewnętrznymi,
- podmiotami zewnętrznymi.

W niniejszej sprawie przed 26 marca 2016r. zamawiający otrzymywał usługę w jednym ze wskazanych modeli tj.

- od co najmniej 2012r. przez obsługę własną Biura Organizacyjno Prawnego w osobach dwóch radców prawnych zatrudnionych na czas nieokreślony (od połowy stycznia 2016r. powiększonego o dodatkowych dwóch radców prawnych zatrudnionych na czas określony) i w drodze umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki z Kancelarią Adwokacką adw. A. B. (od 18 stycznia 2016r. z ograniczeniem do zastępstwa procesowego).

Zamawiający wszczął postępowanie zamierzając zlecić obsługę prawną w części nie obejmującej zastępstwa prawnego, jednocześnie nie dokonując zmian w organizacji Biura

Organizacyjno-Prawnego. Z uwagi na toczące się przedmiotowe postępowanie Biuro

Organizacyjno Prawne świadczyło na rzecz zamawiającego dotychczasową pracę jak i

przejęło usługi bieżącej obsługi prawnej, świadczone do tej pory przez podmiot zewnętrzny.

Zamawiający we wrześniu 2016r. zapoznał się z raportem NIKu dotyczącym nieprawidłowości przy zlecaniu obsługi prawnej w samorządach i jednocześnie funkcję Rektora objął Pan J. S. Jednocześnie w dniu 28 lipca 2016r. weszła w życie zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r., która uchyliła art. 5 ust.1 i 1 b ustawy dotychczas stanowiące podstawę do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia, jednocześnie wprowadzając wyłącznie stosowania ustawy na usługi prawne w zakresie zastępstwa procesowego, doradztwa prawnego z tymi lub potencjalnym procesem związanego, notarialnego poświadczania i uwierzytelniania

dokumentów, świadczenia usług prawniczych z urzędu i związanych z wykonywaniem władzy publicznej (art. 4 pkt. 3 lit. ea ustawy), przepisy te wprawdzie nie mają zastosowania do postępowań wszczętych przed wejściem w życie noweli, jednak mogą mieć znaczenie przy ocenie, czy nastąpiła istotna zmiana powodująca, że zamówienie nie leży w interesie publicznym.

W ocenie Izby o tym czy dana usługa leży czy nie w interesie publicznym, nie decyduje wyłącznie to czy zamawiający uzyska większą efektywność tańszą metodą, stąd w ocenie Izby wskazywanie przez odwołującego na fakt, że zamawiający nie wykazał, że na przekazaniu obsługi bieżącej wyłącznie Biuru Organizacyjno Prawnemu uzyska oszczędności nie jest wystarczające do uwzględnienia odwołania. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy nie odnosi się bowiem do konieczności osiągnięcia lepszego efektu choćby finansowego w drodze zmiany okoliczności. Przepis wymaga jedynie, aby nastąpiła zmiana okoliczności, przez którą odpadnie interes publiczny w wykonaniu zamówienia i aby ta zmiana nie była możliwa do przewidzenia. W ocenie Izby kluczowe są kwestie, na które zwrócił uwagę NIK w swojej informacji, wskazując na to, że przy obsłudze zewnętrznej zamawiający nie ma pełnej kontroli nad realizacją obsługi prawnej. NIK wskazywał, że nadzór nad przebiegiem tych umów i ich rozliczeniem przebiegał nierzetelnie i następowały wypłaty wynagrodzeń za świadczenia, których obsługujący nie wykonali, jednym z zarzutów podnoszonych przez NIK był brak zastrzeżenia kar umownych, a zamawiający w niniejszej sprawie wskazywał, że taki brak zastrzeżenia kar umownych występował także w opracowanym przez niego wzorze umownym i rzeczywiście jedyną karą jaką przewidział zamawiający było zastrzeżenia kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, również w tym wzorze umownym nie były opracowane postanowienia dotyczące sposobu informowania zamawiającego o stanie powierzanych spraw, nie było podstawień określających skutki uchybień np. z tytułu nieterminowego wydania opinii prawnej, nie stawienia się na dyżur, czy odmowę uczestniczenia w konsultacjach. Tym samym zamawiający zapoznając się z przedmiotowym raportem NIK mógł powziąć wiedzę, o okolicznościach uzasadniających zmianę modelu realizacji obsługi prawnej. Zamawiający mógł bowiem ustalić na podstawie tegoż raportu, że jeśli dojdzie do zawarcia umowy na wskazanych w niej warunkach może być pociągnięty do odpowiedzialności z tytułu dyscypliny finansów publicznych. W ocenie Izby to właśnie raport NIKu stał się przyczyną zewnętrzną przez zamawiającego nieprzewidzianą, która skutkowałą zmianą okoliczności w postaci decyzji o zatrudnieniu dodatkowej ilości radców prawnych, a to z kolei spowodowało odpadnięcie interesu publicznego w prowadzeniu zamówienia publicznego, gdyż ten został zaspokojony w ramach zasobów własnych zamawiającego. W podobny sposób wypowiadała się Izba w sprawach sygn. akt KIO 2104/13, KIO 428/16 i KIO 506/16.

Izba oceniła zatem, że zamawiający wykazał przesłanki dopuszczalności unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy, co powodowało, że nie możliwe było stwierdzenia, że zamawiający dopuścił się naruszenia tegoż przepisu. W konsekwencji Izba była zmuszona odwołanie oddalić na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....