

Sygn. akt: KIO/KU 37/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 9 stycznia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 15.12.2022 r. (znak: ZP-001/Rb/RZ/2022) /wpływ 15.12.2022 r./ zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy - Spółka z o.o.
ul. Toruńska 103
85 - 817 Bydgoszcz

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 08.12.2022 r.,
(znak: DKZP.WKZ4.440.118.2022.KC dot.: KU/118/22/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie negocjacje bez ogłoszenia (art. 386 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp)

**„Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej
i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta
Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Dokończenie robót budowlanych. II.”
w zakresie części nr 2 i 4.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej

Uzasadnienie

W dniu 07.10.2022 r. Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy - Spółka z o.o., ul. Toruńska 103, 85 - 817 Bydgoszcz zwane dalej: „Zamawiającym” przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zwanemu dalej: „Prezes UZP” kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 386 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „ustawy Pzp”) pn.: *„Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Dokończenie robót budowlanych. II.”* w zakresie części nr 2 i 4 w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Zamawiający pismem z dnia 09.11.2022 r. wyjaśnił, iż postępowanie w zakresie części 1 i 3 zostało unieważnione w dniu 27.10.2022 r. na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - pismo z 08.12.2022 r. (informacja o wyniku kontroli uprzedniej (znak: DKZP.WKZ4.440.118.2022.KC dot.: KU/118/22/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Dokończenie robót budowlanych. II.”* w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przekazanie w dniu 20.07.2022 r. zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacjach 10 wykonawcom. W załączniku do protokołu postępowania stanowiącego uzasadnienie dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, Zamawiający wskazał m.in. *„Na realizację robót budowlanych objętych obecnie Postępowaniem Zamawiający uprzednio zawarł, po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, umowę pn. „Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Część 1, Część 2, Część 3” (dalej jako: „Kontrakt”). Kontrakt został zawarty między Zamawiającym a konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie - lider i DIM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - partner (dalej łącznie jako: „Wykonawca”), w dniu 30.10.2018 r.*

Z dniem 29.11.2021 r. doszło do rozwiązania Kontraktu na skutek złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od niego z winy Wykonawcy. Z uwagi na to, że Wykonawca nie wywiązywał się ze swoich obowiązków określonych w Kontrakcie, spełniły

się przesłanki do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, zarówno wynikające z ustawy, jak i z samego Kontraktu. Biorąc pod uwagę stopień niewywiązywania się przez Wykonawcę ze swoich zobowiązań, jak i postawę Wykonawcy, niemożliwe było zapewnienie ukończenia realizacji Kontraktu z udziałem Wykonawcy. Stąd też Zamawiający zmuszony był do powzięcia decyzji o odstąpieniu od Kontraktu, w celu zapewnienia możliwości ukończenia planowanej inwestycji, stanowiącej również element dofinansowanego ze środków europejskich, z Funduszu Spójności, projektu pn. „Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy.” (dalej jako: „Projekt”).

Uwzględniając rozwiązanie Kontraktu, konieczne stało się ponowne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu ukończenia robót pierwotnie przewidzianych do realizacji w ramach Kontraktu. Postępowanie Wykonawcy doprowadziło do sytuacji, w której zagrożony został termin zakończenia całego projektu objętego uprzednio Kontraktem i dofinansowanego ze środków unijnych oraz oddania całej inwestycji, co w konsekwencji narażało zarówno Zamawiającego, jak i całe Miasto Bydgoszcz, na znaczną szkodę. Zamawiający jest bowiem spółką komunalną, za pośrednictwem której Miasto Bydgoszcz realizuje zadania własne i zaspokaja zbiorowe potrzeby mieszkańców w zakresie gospodarki wodnej i ściekowej, w tym również w zakresie utrzymania sieci kanalizacji deszczowej oraz odprowadzania wód opadowych i roztopowych. Realizacja projektu objętego uprzednio Kontraktem służy powyższym celom oraz ma istotne i pilne znaczenie dla bezpiecznego funkcjonowania całego Miasta Bydgoszczy, w szczególności bezpieczeństwa mieszkańców. Z uwagi na powyższe okoliczności wystąpiła potrzeba pilnej kontynuacji Projektu, w tym realizacji szeregu niezbędnych do jego ukończenia robót budowlanych, pierwotnie mających zostać zrealizowanymi w ramach Kontraktu, a pilne udzielenie zamówienia w tym zakresie wygenerowało konieczność zastosowania trybów udzielenia zamówienia, które dają gwarancje szybkiego wyboru wykonawcy. W konsekwencji, Zamawiający w celu zlecenia robót budowlanych objętych Postępowaniem, skorzystał z trybu negocjacji bez ogłoszenia, jako trybu właściwego w niniejszej sytuacji.”

W uzasadnieniu kumulatywnego spełnienia przesłanek warunkujących możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający przedstawił następującą argumentację. W odniesieniu do przyczyny pilnej potrzeby udzielenia zamówienia Zamawiający w podsumowaniu uzasadnienia przesłanki wskazał, iż: „(...) a) szybka i sprawna realizacja Projektu, w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, jest kluczowa dla lokalnej społeczności, gdyż Projekt ma za zadanie zneutralizować ryzyko związane z występowaniem podtopień i powodzi w następstwie występujących corocznie ekstremalnych zjawisk pogodowych, co poprawi bezpieczeństwo mieszkańców, b) możliwie niezwłoczna realizacja Projektu,

w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, pozwoli również na niezwłoczne wdrożenie rozwiązań pozwalających zminimalizować negatywne konsekwencje występujących suszy oraz chronić przed jej skutkami środowisko naturalne; c) pilność dokończenia Projektu, w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, wynika również z konieczności minimalizowania szkód finansowych związanych z jego opóźnieniem; d) realizacja Projektu, w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, obniży koszty związane z usuwaniem skutków negatywnych zjawisk atmosferycznych ponoszone przez mieszkańców i przedsiębiorców, jak również zmniejszy liczbę nakładów inwestycyjnych w rozwiązania punktowe, a w konsekwencji - im szybciej Projekt i objęte Postępowaniem stanowiące jego część roboty budowlane zostaną zrealizowane, tym mniejsze będą szkody powiązane z negatywnymi zjawiskami atmosferycznymi, ponoszone przez Beneficjenta, Miasto Bydgoszcz, mieszkańców i inne podmioty; e) inwestycja wygeneruje zatem znaczne korzyści społeczne, w tym zwiększy komfort życia i poczucie bezpieczeństwa mieszkańców. (...) W szeroko rozumianym interesie społecznym i majątkowym jest zatem, aby roboty budowlane objęte Postępowaniem zostały zrealizowane jak najszybciej, a im szybciej to nastąpi, tym szybciej społeczeństwo i Miasto Bydgoszcz zaczną czerpać zakładane korzyści. Brak realizacji lub przedłużenie w czasie realizacji robót budowlanych objętych Postępowaniem, co mogłoby być spowodowane właśnie między innymi przedłużaniem się procedury przetargowej, doprowadziłby do ograniczenia planowanego do osiągnięcia w ramach Projektu zakresu korzyści społeczno - gospodarczych. Okoliczność ta, niewątpliwie wpływająca również na zasobność społeczeństwa, z całą pewnością uzasadnia pilność udzielenia zamówienia na roboty budowlane objęte Projektem w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Jak już przy tym podkreślano, kluczowe dla uniknięcia konsekwencji negatywnych zjawisk atmosferycznych, a w konsekwencji i ochrony interesów, o których mowa powyżej, jest jak najszybsze ukończenie realizacji Projektu, w tym robót budowlanych objętych Postępowaniem. Każdy bowiem okres deszczy nawalnych przynosi kolejne szkody i zagrożenia, których późniejsza rekompensata nie będzie możliwa.”.

W uzasadnieniu spełnienia przesłanki braku winy zamawiającego i niemożności przewidzenia potrzeby udzielenia zamówienia Zamawiający przedstawił argumentację wskazującą, że: „Przyczyny odstąpienia od Kontraktu leżały po stronie Wykonawcy. Zaistniała sytuacja nie wynikała z działań Zamawiającego, a z okoliczności od niego niezależnych, związanych z wyłącznymi działaniami i zaniechaniami Wykonawcy. Niewątpliwie przy tym do czasu faktycznego odstąpienia od Kontraktu Zamawiający nie miał możliwości wszczęcia procedury wyboru wykonawcy w żadnym z ustawowych trybów. Dopiero okoliczność odstąpienia od Kontraktu zwolniła Zamawiającego z przyjętych Kontraktem zobowiązań i od tego momentu możliwe stało się podjęcie działań w celu wszczęcia nowego postępowania lub postępowań oraz w konsekwencji ich przeprowadzenie

i wyłonienie nowych wykonawców. Tym samym potrzeba pilnego udzielenia zamówienia powstała z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego. (...)”. Zamawiający podkreślił, iż *„(...) do czasu odstąpienia od Kontraktu konsekwentnie zmierzał do zakończenia realizacji Kontraktu zgodnie z jego postanowieniami oraz na bieżąco podejmował wszystkie możliwe w tym celu działania. Zamawiający decyzję o odstąpieniu od Kontraktu podjął dopiero w dniu 24.11.2021 r., a jej główną przyczyną było niewywiązanie się przez Wykonawcę z wezwań Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu do podjęcia przerwanych robót.”*

Zamawiający w dalszej części załącznika do protokołu postępowania wskazał, co następuje, tj. *„W konsekwencji w pierwszym okresie po rozwiązaniu Kontraktu niezbędne stało się zinwentaryzowanie zrealizowanych już przez Wykonawcę prac, w celu określenia zakresu prac pozostałych do wykonania i ich stosownego opisania. Z uwagi na praktycznie zupełny brak współpracy ze strony Wykonawcy w procesie inwentaryzacji, proces ten wymagał czasu - Zamawiający we własnym zakresie zmuszony był zweryfikować zakres zrealizowanych prac w terenie, samodzielnie kontaktować się z organami i podwykonawcami Wykonawcy w celu pozyskania od nich informacji odnośnie stanu zaawansowania poszczególnych działań w ramach Kontraktu itd. Z uwagi na fakt, że Wykonawca w okresie poprzedzającym rozwiązanie Kontraktu nie uregulował części wynagrodzeń należnych swoim podwykonawcom, Zamawiający po rozwiązaniu Kontraktu zmuszony był też w pierwszej kolejności do porozumienia się z podwykonawcami w celu zapewnienia sobie możliwości skorzystania z rezultatów prac przez nich wykonanych, co miało istotne znaczenie zwłaszcza w odniesieniu do rezultatów prac projektowych (które były niezbędne do umożliwienia Zamawiającemu zlecenia realizacji robót budowlanych). Proces ten siłą rzeczy wymagał czasu - kontaktu z podwykonawcami, przeprowadzenia analizy roszczeń podwykonawców, zwrócenia się do Wykonawcy o stanowisko, porozumienia w przedmiocie wyceny zrealizowanych prac, przekazania dokumentacji itd. (...) Możliwy termin wszczęcia Postępowania zdeterminowany był również dokończeniem prac projektowych dla realizacji obiektów, roboty budowlane dotyczące których zostały objęte Postępowaniem. Zamawiający, uwzględniając również dotychczasowe doświadczenia związane z procesem projektowania przez Wykonawcę, postanowił bowiem „rozdzielić” prace projektowe i roboty budowlane oraz powierzyć je odrębnym wykonawcom. Zamawiający dostrzegał bowiem trudności Wykonawcy z realizacją prac projektowych, co wpływało na tempo całej realizacji Kontraktu. Uwzględniając powyższe, Zamawiający podjął decyzję o tym, aby na podstawie odrębnych umów dokończyć realizację prac projektowych i przeprowadzić roboty budowlane. W ocenie Zamawiającego takie podejście pozwoliło na skorzystanie z usług podmiotów specjalizujących się w poszczególnych działaniach i, w konsekwencji, pozwoli też na sprawniejszą realizację robót budowlanych (realizacja w ramach umowy „Buduj”, a nie „Projektuj i buduj”). Powyższe z natury swojej wpłynęło na*

możliwy termin wszczęcia Postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane. W pierwszej kolejności Zamawiający musiał bowiem właściwie zakontraktować podmioty do dokończenia prac projektowych. Po zawarciu stosownych umów wykonawcy prac projektowych podjęli działania zmierzające do dokończenia tych prac i umożliwienia Zamawiającemu zlecenia realizacji robót budowlanych, których one dotyczyły. Zamawiający wyodrębnił zakres prac projektowych (dotyczących obiektów, w odniesieniu do których prace te w momencie rozwiązania Kontraktu były już na wysokim poziomie zaawansowania), po zakończeniu których zamierzał wszcząć (i ostatecznie wszczął) postępowanie o zlecenie części robót budowlanych składających się na Projekt - irracjonalne byłoby bowiem zlecenie w odrębnych postępowaniach robót budowlanych dotyczących jednego czy dwóch obiektów, prowadziłyby to bowiem do nieuzasadnionego wzrostu kosztów realizacji tych robót budowlanych, jak i mogłoby zniechęcać potencjalnych wykonawców z uwagi na konieczność wielokrotnego przechodzenia formalnej procedury (niezbędne było więc ukończenie określonego etapu prac projektowych, aby wszcząć postępowanie na realizację robót budowlanych). Stąd też wszczęcie Postępowania możliwe było bowiem po ukończeniu wyodrębnionej przez Zamawiającego części prac projektowych składających się na roboty budowlane objęte pierwotnie Kontraktem - Zamawiający wyodrębnił ją przy tym uwzględniając stopień zaawansowania poszczególnych prac projektowych oraz potrzeby pilnego ukończenia poszczególnych robót budowlanych wynikające z takich przyczyn jak np. planowane inne inwestycje miejskie w danym rejonie. (...) Dopiero po ukończeniu części prac projektowych pozwalającej na racjonalne wyodrębnienie zakresu robót budowlanych mogącego podlegać zleceniu w jednym postępowaniu możliwe było wszczęcie postępowania w tym celu. Dlatego też dopiero w lipcu 2022 r. możliwe stało się wszczęcie Postępowania. Działanie Zamawiającego, co należy podkreślić, w żaden sposób nie spowodowało opóźnień w odniesieniu do możliwego momentu wszczęcia Postępowania – przeciwnie, Zamawiający dołożył wszystkich możliwych starań, aby wszcząć je możliwie najszybciej.”

Spełnienie kolejnej przesłanki wynikającej z treści art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. brak możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem Zamawiający argumentował następująco, tj. „Pilna potrzeba udzielenia zamówienia powoduje, że nie jest możliwe - bez istotnego uszczerbku dla interesu zamawiającego - zawarcie umowy z nowym wykonawcą w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem - z dochowaniem terminów właściwych dla tych trybów. Taka sytuacja zachodzi w omawianym przypadku. (...) Z uwagi na specyfikę Projektu oraz odstąpienie od Kontraktu w toku realizacji, w jego obecnej fazie dla Zamawiającego szczególnie czasochłonne i problematyczne byłoby samodzielne opracowanie dokumentacji postępowania. W dodatku wykonawcy w takiej sytuacji mogliby zgłosić swoje zastrzeżenia czy postulaty

wyłącznie w trybie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ lub odwołań do KIO. (...) Tymczasem kontynuacja Projektu wymagała wcześniejszej konsultacji z wykonawcami, którzy mogli zaproponować inne, bardziej optymalne niż zakładane przez zamawiającego, warunki realizacji zamówienia. Z tej przyczyny w celu zapewnienia transparentności procesu zawierania umowy zasadne byłoby przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami, co uzasadniało skorzystanie z trybu negocjacyjnego zamiast trybu przetargowego. (...) W tym miejscu należy dodać, że wstępne konsultacje rynkowe (art. 84 p.z.p.) nie stanowią równoważnej alternatywy dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacyjnym, bowiem wykonawcy w trakcie tych konsultacji nie przejawiają aż takiego zaangażowania jak w przypadku negocjacji, do których zostali oficjalnie zaproszeni w ramach już ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, zamawiający podkreślił, iż „(...) prowadzenie postępowania w trybie przetargowym byłoby - z uwagi na obecną fazę Projektu - rozwiązaniem jeszcze bardziej czasochłonnym i nieefektywnym (w szczególności istotna byłaby pod tym względem konieczność samodzielnego opracowania SWZ w tym trybie, która następnie i tak podlegałaby zmianom po jej publikacji). (...) Dlatego właściwą formułą ustalenia treści dokumentacji postępowania był w niniejszej sprawie tryb negocjacyjny, w którym - inaczej niż w trybie przetargowym - zamawiający nie narzuca w całości swoich wymagań, lecz określa je z uwzględnieniem stanowisk zaprezentowanych przez wykonawców, przedstawionych z zachowaniem przejrzystości i równego traktowania wykonawców. (...) W konsekwencji powyższego uznać należy, że nie było możliwe w niniejszej sprawie zachowanie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego czy negocjacji z ogłoszeniem, z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia Beneficjent był więc uprawniony do skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia.”.

Mając na uwadze ustalony w trakcie kontroli uprzedniej stan faktyczny wskazano, iż po złożonym w dniu 29.11.2021 r. oświadczeniu o odstąpieniu od umowy Zamawiający miał świadomość, iż rozwiązanie umowy z wykonawcą będzie skutkowało koniecznością udzielenia nowego zamówienia publicznego w celu kontynuacji robót budowlanych. Jak zostało wskazane na wstępie Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obejmującym budowę i przebudowę kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w trybie negocjacji bez ogłoszenia poprzez przekazanie wykonawcom zaproszeń do negocjacji w dniu 20.07.2022 r. Negocjacje z zaproszonymi wykonawcami odbyły się w dniu 29.07.2022 r. Zamawiający w dniu 05.08.2022 r. wraz z zaproszeniami do składania ofert przekazał wykonawcom Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ), wyznaczając termin składania ofert na dzień 26.08.2022 r., który ostatecznie został zmieniony na 09.09.2022 r. Zamawiający podzielił zamówienie na 4

części oraz dopuszczał składanie ofert na dowolnie wybraną część zamówienia. W dniu 26.09.2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: KADA-BIS Sp. z o.o. (lider), Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Alfa” Sp. z o.o. w zakresie części 2 oraz przez wykonawcę WUPRINŻ S.A. w zakresie części 4.

Zamawiający w dniu 07.10.2022 r. przekazał Prezesowi UZP kopię dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej w zakresie części 2 i 4. Zamawiający pismem z dnia 09.11.2022 r. wyjaśnił, iż postępowanie w zakresie części 1 i 3 zostało unieważnione w dniu 27.10.2022 r. na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że etap od momentu podjęcia działań związanych z rozliczeniem umowy z konsorcjum firm: IDS-BUD S.A. (lider), DIM Construction sp. z o.o., której przedmiotem była *„Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Część 1, Część 2, Część 3”* do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia wyniósł ok 8 miesięcy. Natomiast od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia tj. od 20.07.2022 r. w celu wyłonienia wykonawcy w drodze nowego postępowania do wyboru wykonawcy w dniu 26.09.2022 r. upłynęło 68 dni (niespełna 10 tygodni).

Jak wynika z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Odstąpienie od przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybach konkurencyjnych regulują przepisy ustawy Pzp, które muszą być zawsze interpretowane ściśle z uwagi na fakt, iż skorzystanie z innych trybów niż tryby podstawowe jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie udowodnić wystąpienie przesłanek do zastosowania danego trybu.

Przepis art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dopuszcza zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, w sytuacji, gdy zostaną spełnione kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1) występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- 2) pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- 3) wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
- 4) nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Zatem na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tryb negocjacji bez ogłoszenia ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń

powodujących potrzebę pilnego działania, w sytuacji gdy zaistnieje obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. W aspekcie czasowym jest to sytuacja, w której zamawiający z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia zamierza udzielić tego zamówienia w czasie krótszym niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem o zamówieniu, tj. w przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem i dlatego nie może zachować terminów określonych dla tych trybów. Obowiązek wykazania braku możliwości zachowania terminów odnosi się nie tylko do konieczności zachowania podstawowych terminów, ale dotyczy również sytuacji, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury przyśpieszonej, czyli takiej która pozwala na skrócenie terminów na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Należy zauważyć, iż zarówno tryb przetargu nieograniczonego, jak również ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przewidują możliwość skrócenia postępowania (art. 138 ust. 2 pkt 2, art. 151 ust. 2 pkt 2 oraz art. 162 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) z uwagi na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Przepisu art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stosuje się w przypadku, gdy zamawiający ma wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie procedury przyśpieszonej (por. wyrok ETS z dnia 18 marca 1992 C 24/91 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii). Tożsame stanowisko zajęł też TSUE w wyroku z 18.11.2004 r. (C-126/03, Komisja przeciwko Niemcom, ECLI:EU:C:2004:728), stwierdzając, że zamawiający nie może powoływać się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia jako przesłankę do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, kiedy jest dość czasu na zastosowanie procedury przyspieszonej. Jednocześnie w ślad za wyrokiem KIO z dnia 27.01.2011 r. (Sygn. akt.: KIO/88/11) należy wskazać, cyt.: *„Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp przy stosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem musi bowiem być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Oznacza to, iż Zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, ani też negocjacji z ogłoszeniem.”*

Zamawiający nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia dla niemożności zachowania w zaistniałej sytuacji faktycznej terminów zastrzeżonych dla konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego. Mając na uwadze 10 miesięczny okres, który upłynął od chwili powzięcia informacji o konieczności kontynuacji robót budowlanych do wyłonienia wykonawcy w wyniku przeprowadzonej procedury w tym prawie 10 tygodniowy okres od wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia do wyboru wykonawcy

oraz ponad miesięczny okres od wszczęcia postępowania do upływu terminu składania ofert, nie można stwierdzić, iż Zamawiający nie mógł zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Uzasadniając spełnienie przesłanki dotyczącej braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia należy bowiem uwzględnić fakt, iż terminy przewidziane dla poszczególnych trybów mogą zostać z uwagi na pilną konieczność udzielenia zamówienia skrócone. Jednocześnie, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego należy wskazać, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania. Zamawiający przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, poza spełnieniem pozostałych przesłanek określonych w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ma obowiązek każdorazowo przeanalizować, czy nie jest realne udzielenie zamówienia w procedurze otwartej, w szczególności przy uwzględnieniu możliwości skrócenia terminów. Co istotne, przepisy ustawy Pzp przewidują możliwość skrócenia terminów z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, której zamawiający nie musi uzasadniać wystąpieniem nieprzewidzianych okoliczności. Zatem sam fakt wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia uprawnia zamawiającego do skrócenia terminów. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione, zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówień o wartości przekraczającej progi unijne prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego może na podstawie art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wyznaczyć termin składania ofert, nie krótszy niż 15 dni. Oznacza to oszczędność czasu na przeprowadzenie postępowania o 20 dni w stosunku do procedury standardowej.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, opierając się na analizie średniej długości postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w 2020 r., tj. 99 dni wraz z możliwością skrócenia terminu składania ofert z 35 do 15 dni, należy stwierdzić, że Zamawiający uzasadniając pilną potrzebę udzielenia zamówienia byłby w stanie przeprowadzić przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w zbliżonym okresie do dnia, kiedy nastąpił wybór najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze określony w SWZ termin realizacji zamówienia, tj. 30.11.2023 r. Zamawiający mógł liczyć na zakończenie realizacji inwestycji do tej daty. W związku z tym można przyjąć, iż przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający byłby w stanie przygotować i przeprowadzić postępowanie w trybie przyspieszonego przetargu nieograniczonego na podstawie art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie podobnie jak w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca posługuje się pojęciem pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Natomiast obawy Zamawiającego co do ewentualnych i hipotetycznych trudności w trakcie prowadzenia postępowania nie uzasadniają zastosowania niekonkurencyjnego trybu negocjacyjnego,

kosztem możliwego do zastosowania trybu konkurencyjnego tj. przetargu nieograniczonego, którego okres trwania pozwoliłby na dotrzymanie harmonogramu nakreślonego przez Zamawiającego. Ponadto, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia dla wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. W okolicznościach analizowanej sprawy, mając na uwadze 10 miesięczny okres, który upłynął od chwili powzięcia informacji o konieczności kontynuacji robót budowlanych do wyłonienia wykonawcy w wyniku przeprowadzonej procedury, nie można uznać, że zakres zamówienia udzielonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia charakteryzował się pilną potrzebą zawarcia umowy.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31.05.2019 r. (sygn. akt: KIO 904/19) „*Na wstępie wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował ani też nie zawarł żadnych wytycznych jak należy rozumieć użyty w przepisie art. 62 ust. 1 pkt 4 ZamPublU zwrot „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”. Pojęciem tym ustawodawca posłużył się również w art. 43 ust. 2b pkt 2 ZamPublUw zakresie tzw. Procedury przyspieszonej w ramach przetargu nieograniczonego, ale również nie zdefiniował bliżej użytego zwrotu. W piśmiennictwie wskazuje się, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia oznacza potrzebę niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego w celu zapobieżenia powstania znacznej szkody, w celu ochrony zdrowia i życia bądź środowiska, przy czym podstawą wydania decyzji powinny być wiarygodne informacje (G. Wicik „Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 sygn. akt: KIO 88/11). Pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi być skutkiem okoliczności, których nie można było obiektywnie przewidzieć. Podkreślić przy tym należy w kontekście analizowanej sprawy, że art. 62 ust. 1 pkt 4 ZamPublU nie odnosi się w żaden sposób do pojęcia „robót zabezpieczających”. Przepis ten odnosi się do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, co oznacza w ocenie Izby, iż zakres prac jakie instytucja zamawiająca zamierza zlecić w ramach trybu ogłoszenia bez negocjacji winien być analizowana przez pryzmat pilności ich wykonania. To bowiem pilność wykonania określonych robót determinuje pilność udzielenia zamówienia przez zamawiającego. Oczywistym jest, że w tym zakresie mogą mieścić się roboty zabezpieczającego, nie oznacza to jednak ustawowego ograniczenia zakresu prac wyłącznie do robót zabezpieczających. Pilność bowiem realizacji określonych robót może wynikać nie tylko z konieczności ich zabezpieczenia przed degradacją i zniszczeniem, ale również może być uzasadniona innymi czynnikami, w tym koniecznością ochrony życia czy zdrowia czy zapobieżenia szkodzie majątkowej.”*

Zamawiający w uzasadnieniu przesłanki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia wskazał, iż pilne wykonanie zamówienia jest kluczowe dla uniknięcia konsekwencji negatywnych zjawisk atmosferycznych, w tym zneutralizowania ryzyka związanego z występowaniem podtopień i powodzi, co w konsekwencji poprawi bezpieczeństwo

mieszkańców, czy zminimalizowania negatywnych konsekwencji występujących suszy. Ponadto, Zamawiający argumentował, iż pilność dokończenia projektu wynika również z konieczności minimalizowania szkód finansowych związanych z jego opóźnieniem, jak i to, że realizacja projektu, obniży koszty związane z usuwaniem skutków negatywnych zjawisk atmosferycznych ponoszone przez mieszkańców i przedsiębiorców. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż *„Pzp nie definiuje pojęcia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Na gruncie komentowanego przepisu jest to w szczególności konieczność ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, który może doznać szkody w przypadku opóźnienia w udzieleniu zamówienia publicznego. Jako interes taki można uznać np. ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo.”* (H. Nowak, M. Winiarz [red.], *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 637https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf).

Mając na uwadze przedstawioną w uzasadnieniu zastosowanego trybu argumentację, podkreślono, iż pilność udzielenia zamówienia powinna być analizowana w kontekście zarówno braku możliwości zachowania terminów przewidzianych dla trybu podstawowego, w tym minimalnych terminów na składanie ofert, jak i zakresu prac, które zamawiający zamierzał zlecić wykonawcy do pilnego wykonania. Ponadto, oceniając spełnianie przesłanki w zakresie pilności zamówienia, należy przeanalizować, czy przy określeniu pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, nie można zrealizować postępowania w konkurencyjnej, przyspieszonej procedurze. Natomiast wskazany długi okres od powzięcia informacji o konieczności dokończenia robót budowlanych do dnia wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia i wyboru wykonawców w części 2 i 4 nie potwierdzają tego, aby potrzeba udzielenia tych zamówień miała charakter pilny.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 02.01.2020 r. (sygn. akt: KIO 2568/19) *„Aby możliwe było zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia musi zatem zachodzić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, czyli pilna potrzeba zawarcia umowy z wykonawcą, który będzie realizował to zamówienie.”*. Zatem udzielenie zamówienia powinno obejmować zakres robót niezbędny w związku z koniecznością ochrony życia czy zdrowia oraz zabezpieczenia interesów zamawiającego, który zostanie wykonany w trybie pilnym.

Z uwagi na powyższe stwierdzono, że zamawiający nie wykazał, że spośród przesłanek, których spełnienie łączne jest wymagane do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, spełniona została przesłanka pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było wcześniej przewidzieć i nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Reasumując, w ocenie Prezesa UZP, w okolicznościach

faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich powyżej przytoczonych przesłanek uprawniających do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, przez co naruszył art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 15.12.2022 r. (znak: ZP-001/Rb/RZ/2022) do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje: „(...)

1. *Wbrew stanowisku wyrażonemu w wynikach kontroli nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, w tym w szczególności zaistniały te przesłanki, których wystąpienie zostało zakwestionowane przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej jako: „UZP”). Zarówno bowiem charakter zamówienia (zakres robót objętych Postępowaniem i cel który ma zostać osiągnięty) powoduje, że jego realizacja ma charakter pilny, jak i niemożliwe było dotrzymanie w niniejszej sprawie terminów przewidzianych dla innych trybów postępowania. Zamawiający szeroko odnosi się poniżej do tych kwestii, ponownie wykazując zaistnienie przesłanek z art. 209 ust. 1 pkt 4) PZP, z uwzględnieniem w szczególności przekazanego uzasadnienia do wyników kontroli uprzedniej prowadzonej przez UZP.*

2. *W pierwszej kolejności Zamawiający podkreśla, że uzasadnienie UZP do informacji o stwierdzonych a rzekomo zaistniałych naruszeniach po stronie Zamawiającego pomija szereg okoliczności, kluczowych dla oceny działania Zamawiającego i możliwego terminu wszczęcia i przeprowadzenia Postępowania. W szczególności, UZP pominął (w jakikolwiek sposób się do nich nawet nie odnosząc) przedstawione przez Zamawiającego informacje o działaniach podejmowanych przez Zamawiającego po rozwiązaniu umowy pn. „Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Część 1, Część 2, Część 3” (dalej jako: „Kontrakt”), zawartej przez Zamawiającego z konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A. (obecnie w upadłości) z siedzibą w Warszawie – lider i DIM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – partner (dalej łącznie jako: „Wykonawca”), koniecznych do wszczęcia Postępowania.*

3. *Zamawiający wskazuje, że zarówno w treści samego uzasadnienia dla wyboru trybu postępowania, jak i w piśmie Zamawiającego z dnia 09.11.2022 r. skierowanym do UZP w toku prowadzonej kontroli, Zamawiający szczegółowo przedstawił, jakie działania podejmował po rozwiązaniu Kontraktu, a w konsekwencji i z jakich przyczyn nie było możliwe wcześniejsze wszczęcie i przeprowadzenie Postępowania.*

Możliwość wszczęcia i przeprowadzenia Postępowania zależna była od przeprowadzenia szeregu wcześniejszych czynności o charakterze obiektywnym:

(i) przeprowadzenia inwentaryzacji prac Wykonawcy w stosunku do ponad stu zadań;

- (ii) przeprowadzenia sprawdzenia jakości wykonanych prac budowlanych;*
- (iii) uzyskania dokumentacji będącej w posiadaniu Wykonawcy i jego kilkudziesięciu podwykonawców;*
- (iv) uzyskania uzgodnień od organów (Wód Polskich, konserwatora, jednostek miejskich) oraz gestorów sieci (Enea, PGNiG), które determinowały zakres prac projektowych;*
- (v) ukończenia prac projektowych (ponad 100 projektów budowlanych i wykonawczych wraz z uzgodnieniami) dla zakresu robót budowlanych objętego Postępowaniem – w celu prawidłowego opisania przedmiotu zamówienia.*

Cały ten proces trwał kilka miesięcy, co i tak przy tak ogromnym zakresie pracy jest dużym osiągnięciem. Dopiero wówczas Zamawiający był gotowy, aby wszcząć i przeprowadzić Postępowanie. Należy zauważyć, iż kontrola uprzednia UZP, która polegała na analizie odpowiedzi na pytania (bez badania dokumentacji projektowej) przesłanych przez Zamawiającego trwała ponad 2 miesiące. Postępowanie o udzielenie zamówienia natomiast prowadzone przez Zamawiającego od momentu jego wszczęcia, łącznie z przeprowadzonymi negocjacjami i złożeniem ofert, do wyboru najlepszej oferty, trwało jedynie około dwóch miesięcy, wliczając w to czas niezbędny wykonawcom na analizę całości rozbudowanej dokumentacji projektowej, przygotowanie i wycenę ofert.

Decyzja Zamawiającego o wyborze trybu postępowania zbiegła się w czasie z tragicznymi wydarzeniami i 110 interwencjami straży pożarnej w Bydgoszczy w związku z ulewnymi deszczami i zniszczeniami, jakie ze sobą przyniosły w lipcu oraz w sierpniu bieżącego roku – o zagrożeniach związanych z ponadnormatywnymi deszczami nawalnymi Zamawiający szeroko informował w uzasadnieniu dla trybu postępowania, jak i kluczowe kwestie w tym zakresie przywołuje poniżej, m. in. w pkt. 80. Bez realizacji tej inwestycji sytuacja powtórzy się również w roku 2023, jak i w następnych latach.

Bez realizacji Projektu do końca 2023 roku, w perspektywie kilkuletniej zalane zostanie 3,5 tys. budynków i 77 km ulic – częściowa wartość szkód (w odniesieniu do szkód poddających się wycenie) prognozowana jest na kwotę ok. 475 mln zł (są to dane ze studium wykonalności, przygotowywanego przed rozpoczęciem realizacji projektu, a więc na chwilę obecną należałoby się spodziewać, że końcowa wartość szkód będzie wyższa). Zamawiającemu grozi również bezpowrotna utrata dofinansowania z NFOŚiGW w wysokości ok. 154 mln zł – co uniemożliwi realizację projektu o charakterze kluczowym dla lokalnej społeczności.

4. Podkreślenia wymaga, że UZP w informacji o wynikach kontroli w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności przedstawionych w tym zakresie przez Zamawiającego, zupełnie je pomijając. Z treści uzasadnienia do wyników kontroli zdaje się wynikać, że w opinii UZP Zamawiający mógł wszcząć Postępowanie od razu po rozwiązaniu Kontraktu. Takie stanowisko w żadnej mierze nie może zostać uznane za uzasadnione, co Zamawiający

szczegółowo wyjaśnił, a co nie zostało w ogóle wzięte pod uwagę przez UZP. Podkreślenia wymaga, że UZP nie tylko nie uwzględniło wskazanych w tym zakresie przez Zamawiającego wyjaśnień, ale i w żadnej mierze się do nich nie odniosło, a co za tym idzie arbitralnie przyjęło, że Zamawiający miał możliwość wcześniejszego wszczęcia Postępowania, w sytuacji gdy realnie nie było to możliwe z przyczyn szeroko omówionych w dotychczasowej korespondencji.

5. W szczególności w związku z powyższym kategorycznie nie można zgodzić się z wnioskiem, że postępowanie zostało wszczęte „zbyt późno” – a więc jakoby po pierwsze, możliwe było zachowanie terminów dla innego trybu postępowania, a po drugie – jakoby nie zachodziła pilna potrzeba realizacji zamówienia. Wniosek, jakoby powyższe przesłanki dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wynikające z art. 209 ust. 1 pkt 4) PZP nie zostały spełnione, został oparty na błędnym założeniu, że możliwe było wcześniejsze wszczęcie Postępowania.

6. Zamawiający prowadzi inwestycje w trybie zamówień publicznych od dwóch dekad i nigdy jego działania nie były kwestionowane przez UZP. Kluczową kwestią pozostaje, że Zamawiający nie mógł wszcząć Postępowania (ani w trybie negocjacji bez ogłoszenia ani w jakimkolwiek innym trybie przewidzianym PZP) przed momentem, w którym dysponował dokumentacją projektową na roboty budowlane nim objęte. Kluczowym elementem dla możliwości wszczęcia i przeprowadzenia zamówienia na roboty budowlane w formule „Buduj”, pozostaje bowiem wcześniejsze opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, która konieczna jest po pierwsze ze względów formalnych (żeby Zamawiający mógł właściwie, zgodnie z PZP opisać przedmiot zamówienia), a po drugie ze względów praktycznych – wykonawcy muszą bowiem wiedzieć, jaki zakres przedmiotowy muszą wycenić składając ofertę, jak i jakie będą ich obowiązki na podstawie zawartej umowy o zamówienie publiczne. Jest to oczywiste i nieulegające wątpliwości. Do tego niezbędnym jest opracowanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego.

7. Jak już wskazywano, Zamawiający w całym okresie następującym po rozwiązaniu Kontraktu a poprzedzającym wszczęcie Postępowania działał z dochowaniem należytej staranności w tym celu, aby Postępowanie wszcząć możliwie najszybciej. Oczywistym jest jednak, że w świetle istniejącego stanu faktycznego, szeroko już przy tym opisywanego, niemożliwe było wszczęcie Postępowania natychmiast po rozwiązaniu Kontraktu. Sam fakt, że od rozwiązania Kontraktu do wszczęcia Postępowania minęła określona liczba miesięcy, w żaden sposób nie może prowadzić do wniosku o braku dołożenia przez Zamawiającego należytej staranności ani też nie może negować pilności udzielenia zamówienia objętego Postępowaniem. Wszystkie działania Zamawiającego podejmowane po rozwiązaniu Kontraktu podyktowane były bowiem tym, aby jak najszybciej zrealizować prace objęte uprzednio Kontraktem.

8. Podstawową przeszkodą, uniemożliwiającą Zamawiającemu wcześniejsze wszczęcie Postępowania, którego przedmiotem jest realizacja robót budowlanych w formule „Buduj” (a więc bez projektowania przez wykonawców), była konieczność wcześniejszego opracowania dokumentacji projektowej niezbędnej do zlecenia realizacji robót budowlanych – dokumentacji tej Zamawiający nie posiadał od razu po rozwiązaniu Kontraktu. Niewątpliwie nie dysponując stosowną dokumentacją projektową Zamawiający nie mógł zlecić wykonawstwa robót budowlanych w przyjętej formule (ani w trybie negocjacji bez ogłoszenia ani w jakimkolwiek innym trybie). Zamawiający podkreśla, że dopiero w momencie opracowania dokumentacji projektowej dla robót budowlanych objętych Postępowaniem mógł wszcząć Postępowanie. Postępowanie na realizację robót budowlanych (niezależnie od zastosowanego trybu) nie mogłoby rozpocząć się szybciej, zanim Zamawiający dysponował stosowną dokumentacją projektową, która była mu niezbędna do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane.

9. Zamawiający przy tym, jak już wskazywano, uwzględniając doświadczenie nabyte w toku realizacji Kontraktu (a w szczególności trudności Wykonawcy w procesie prac projektowych i wynikające stąd opóźnienia wpływające na całość Kontraktu), po rozwiązaniu Kontraktu postanowił o dokonaniu podziału pozostałych do wykonania dla realizacji zamierzenia Zamawiającego prac i o odrębnym zleceniu prac projektowych i robót budowlanych, zakładając etapowe zlecenie robót budowlanych w zależności od postępu prac projektowych, jak też Zamawiający zrobił. W stosunku do formuły przyjętej uprzednio w ramach Kontraktu (opartej na projektowaniu i realizacji robót budowlanych przez jednego wykonawcę) po rozwiązaniu Kontraktu dokonano więc, co było uzasadnione trudnościami Wykonawcy z procesem projektowym, o czym szerzej jeszcze poniżej, zmieniono formułę realizacji pozostałych do wykonania prac i zdecydowano o odrębnym zakontraktowaniu prac projektowych i robót budowlanych (a więc roboty budowlane mające być zrealizowanymi w ramach Postępowania, miały być realizowane w formule „Buduj”, a nie „Projektuj i buduj”, stąd też ich zlecenie wymagało wcześniejszego opracowania dokumentacji projektowej). Takie rozwiązanie pozwalało na zwiększenie konkurencyjności postępowania, ponieważ spowodowało, iż w postępowaniu mogło wziąć udział wielu oferentów, nawet tych mniejszych, którzy nie zdecydowaliby się na złożenie ofert co do całości przedmiotu zamówienia, tylko do części.

10. Zamawiający na żadnym etapie nie dążył do tego, by „na siłę” zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia, ale kierował się wolą ukończenia swojego zamierzenia inwestycyjnego, wstrzymanego z uwagi na działanie Wykonawcy, chcąc utrzymać pozyskane dofinansowanie Intencją Zamawiającego było i pozostaje, aby jak najszybciej ukończyć prace zmierzające do zapewnienia niezbędnej ochrony Miastu Bydgoszcz i jego mieszkańcom przed postępującymi i wciąż nasilającymi się negatywnymi skutkami opadów atmosferycznych.

Analiza przeprowadzona przez Zamawiającego wskazywała, że największe szansa na niezwłoczne ukończenie prac daje właśnie ich podział, przede wszystkim na prace projektowe i roboty budowlane (z uwagi na możliwość zlecenia prac podmiotom bardziej wyspecjalizowanym w określonych czynnościach). Dlatego też Zamawiający zdecydował się postąpić w taki sposób. Zamawiającemu nie zależało bowiem na sztucznym wykreowaniu przesłanek do skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia, ale na realnie niezwłocznym ukończeniu prac.

11. Zamawiający, jak już wskazywano, podjął decyzję o podziale pozostałych do wykonania prac w celu zapewnienia możliwie najszybszego ukończenia zamierzenia inwestycyjnego objętego pierwotnie Kontraktem z uwagi na istniejącą pilną potrzebę zabezpieczenia Miasta Bydgoszczy przed skutkami opadów atmosferycznych, które w sposób realny zagrażają mieszkańcom i z powodu braku ukończenia zadania inwestycyjnego powodują, iż w przypadku gwałtownych lub długotrwałych opadów zalewane są domy, ulice i inne elementy infrastruktury miejskiej i prywatnej. To zadanie inwestycyjne jest jednym z priorytetów Miasta Bydgoszcz. Brak ukończenia inwestycji do listopada 2023 roku grozi ponadto utratą środków unijnych pozyskanych na realizację projektu, co spowoduje, że projekt nie będzie mógł zostać w ogóle zrealizowany, a co za tym idzie mieszkańcy Bydgoszczy będą ponosić straty, w tym majątkowe, a infrastruktura miejska taka jak ulice i chodniki będzie dewastowana.

12. Jak opisywano również wcześniej, Zamawiający, uwzględniając również dotychczasowe doświadczenia związane z procesem projektowania przez Wykonawcę (który, jak okazało się, nie zdołał pozyskać zasobów pozwalających na realizację prac projektowych, korzystając w tym zakresie w praktyce w całości z podwykonawców), postanowił bowiem „rozdzielić” prace projektowe i roboty budowlane oraz powierzyć je odrębnym wykonawcom, dzieląc je dodatkowo na mniejsze części/zadania (co jest korzystne również z punktu widzenia wspierania konkurencji na rynku), aby pomimo niezwykle trudnej sytuacji, jaka zaistniała w związku z nieprzewidywanym rozwiązaniem Kontraktu niezwłocznie dokończyć tę skomplikowaną inwestycję i zrealizować ją w sposób jak najbardziej efektywny kosztowo, ale przede wszystkim czasowo.

13. Doświadczenie realizacji Kontraktu z Wykonawcą spowodowało bowiem, że Zamawiający dostrzegł istotne trudności Wykonawcy z procesem projektowym, co wpływało na możliwość realizacji całego Kontraktu – z uwagi na rozbudowany charakter inwestycji, konieczność sporządzania szeregu odrębnych kompletów dokumentacji projektowej (z uwagi na objęcie Kontraktem nie jednego obiektu budowlanego, ale ponad stu niezależnych od siebie obiektów budowlanych, wymagających każdorazowo odrębnego przeprowadzenia procesu projektowego), konieczność uzgadniania rozwiązań projektowych w wielu instytucjach (z uwagi na „gęstość” istniejącej infrastruktury), Wykonawca niebędący

samodzielnie podmiotem z doświadczeniem i zasobami projektowymi, niejako „nie radził sobie” z procesem projektowym. Stąd też Zamawiający podjął decyzję o wyeliminowaniu tego ryzyka i o odrębnym zleceniu pozostałych po Wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych.

14. Jak wskazano, Zamawiający dostrzegał bowiem trudności dotychczasowego Wykonawcy z realizacją prac projektowych, co wpływało na tempo realizacji całego Kontraktu. Uwzględniając powyższe, mając na względzie wyjątkową sytuację i komplikacje spowodowane rozwiązaniem Kontraktu, Zamawiający podjął decyzję o tym, aby na podstawie odrębnych umów dokończyć w pierwszej kolejności realizację prac projektowych, a następnie przeprowadzić roboty budowlane zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową. W ocenie Zamawiającego takie podejście pozwoliło na skorzystanie z usług podmiotów specjalizujących się w poszczególnych działaniach (a więc i szybsze przeprowadzenie procesu projektowego) i, w konsekwencji, również na sprawniejszą realizację robót budowlanych (realizacja w ramach umowy „Buduj”, a nie „Projektuj i buduj”), co w związku z rozwiązaniem Kontraktu stało się kluczowym wyzwaniem dla dokończenia inwestycji. Zwiększyło to również konkurencyjność postępowania, ponieważ mogły wziąć w nim udział mniejsze podmioty. Powyższe z natury swojej wpłynęło na możliwy termin wszczęcia Postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane – analogicznie, również w innym trybie, w tym w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego, niemożliwe byłoby wcześniejsze wszczęcie Postępowania.

15. Zauważyć również należy, że podział pozostałych do realizacji po Wykonawcy prac na więcej części i przeprowadzenie w tym zakresie odrębnych postępowań, w miejsce przeprowadzenia w tym zakresie jednego „większego” postępowania, pozytywnie wpływa również na rozwój konkurencji na rynku. Jest to też rozwiązanie postulowane przez przepisy PZP / Art. 91 PZP; motyw (78) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych/. W przypadku mniejszych zakresowo zamówień zwiększa się bowiem możliwość wzięcia udziału w postępowaniach przez podmioty z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Takie działanie ze strony Zamawiającego jednoznacznie świadczy również o tym, że jego intencją nie było w żadnej mierze zagrożenie uczciwej konkurencji, ale wręcz przeciwnie, jej wspieranie.

16. Sam fakt upływu określonego czasu pomiędzy rozwiązaniem Kontraktu a wszczęciem Postępowania nie oznacza, że Postępowanie mogło być wszczęte wcześniej, a tym bardziej, że nie zachodzi pilna potrzeba realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. Podejście zaprezentowane przez UZP w tym względzie w żadnej mierze nie uwzględnia realiów przedmiotowego Postępowania, a tym bardziej – działań Zamawiającego podejmowanych przed jego wszczęciem.

17. Odnosząc się szczegółowo raz jeszcze do etapu następującego po rozwiązaniu Kontraktu, Zamawiający pragnie ponownie przedstawić działania podejmowane przez Zamawiającego po rozwiązaniu Kontraktu.

18. Raz jeszcze należy podkreślić, że kluczową kwestią dla możliwości wszczęcia Postępowania w tym do opisanego przedmiotu postępowania, było wcześniejsze ukończenie prac projektowych dotyczących robót budowlanych objętych następnie Postępowaniem. Zgodnie bowiem z wymaganiami PZP, zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (por. art. 103 ust. 1 PZP). Wszczęcie Postępowania dotyczącego realizacji robót budowlanych w formule „Buduj” kategorycznie wymagało więc wcześniejszego przeprowadzenia prac projektowych. Podkreślenia wymaga, że opracowanie i dysponowanie dokumentacją projektową jest nie tylko do wszczęcia postępowania o realizację robót budowlanych jest nie tylko niezbędne ze względów formalnych, ale i konieczne w praktyce, aby, po pierwsze, umożliwić wykonawcom złożenie oferty, po drugie, umożliwić im samą realizację zamówienia – wykonawcy muszą bowiem znać zakres nakładanych na nich daną umową o zamówienie publiczne zobowiązań. Powyższe jest oczywiste i nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości.

19. W pierwszej więc kolejności, w związku z przyjętym podziałem pozostałych do realizacji prac na prace projektowe i roboty budowlane, Zamawiający musiał właściwie zakontraktować podmioty do dokończenia prac projektowych. Większość prac projektowych została zakontraktowana na podstawie umów zawartych w dniu 03.03.2022 r. i 21.03.2022 r.

20. Równolegle Zamawiający wszczął i przeprowadził również postępowanie o realizację tych robót budowlanych objętych uprzednio Kontraktem z Wykonawcą, w odniesieniu do których po rozwiązaniu Kontraktu dysponował kompletną dokumentacją projektową, pozwalającą na zgodne z PZP przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, co również świadczy o istniejącym po stronie Zamawiającego dążeniu do tego, by niezwłocznie zrealizować prace objęte uprzednio Kontraktem z Wykonawcą (Zamawiający nie czekał bowiem ze zleceniem tych prac, które z uwagi na dysponowanie na moment rozwiązania Kontraktu całością dokumentacji mógł zlecić, na ukończenie procesu projektowego dla innych obiektów). Umowy na realizację tych robót budowlanych zostały zawarte w dniu 14.03.2022 r. i w dniu 15.03.2022 r. (było to możliwe, albowiem w odniesieniu do obiektów budowlanych, realizację robót budowlanych dla których objęto tym postępowaniem, Zamawiający dysponował już po zakończeniu inwentaryzacji kompletem dokumentacji projektowej i nie było niezbędne jej dokończenie w ramach dalszych czynności projektantów), zaś na chwilę obecną są już w praktyce zrealizowane. W tym zakresie, w jakim było to możliwe (z uwagi na dysponowanie przez Zamawiającego kompletem dokumentacji projektowej dla danych obiektów budowlanych), Zamawiający zlecił więc

realizację robót budowlanych objętych uprzednio Kontraktem wcześniej, co również potwierdza, że Zamawiający działał z należytą starannością po rozwiązaniu Kontraktu, podejmując na bieżąco wszystkie możliwe działania w celu realizacji pozostałych po Wykonawcy prac.

21. W pozostałym zakresie, z uwagi na racjonalnie przyjęty podział na prace projektowe i roboty budowlane (która to decyzja również, jak wskazano, została podjęta w tym celu, aby możliwie najszybciej przeprowadzić zamierzenie inwestycyjne Zamawiającego), zlecenie kolejnych robót budowlanych uzależnione było wprost od postępu prac projektowych. Intencja Zamawiającego, związana z podziałem pozostałych do realizacji po Wykonawcy prac, zakładała bowiem etapowe zlecenie pozostałych robót budowlanych, w związku z postępowaniem prac projektowych (tak, aby nie czekać również z realizacją robót budowlanych na zakończenie całego procesu projektowego, a więc i aby możliwie zminimalizować okres pomiędzy zleceniem prac projektowych a wyodrębnionego zakresu robót budowlanych). Roboty budowlane w możliwym zakresie zlecono wręcz praktycznie równoległe z pracami projektowymi (obecnie są one w praktyce ukończone), a w zakresie objętym Postępowaniem planowano je zlecić tak szybko, jak będzie to możliwe w związku z postępowaniem prac projektowych – i do tego też Zamawiający dążył, wszczynając Postępowanie, jak tylko stało się to możliwe. Po zawarciu stosownych umów wykonawcy prac projektowych podjęli działania zmierzające do dokończenia tych prac i umożliwienia Zamawiającemu zlecenia realizacji robót budowlanych, których one dotyczyły.

22. Zamawiający wszczął Postępowanie tak szybko, jak było to możliwe w świetle postępu pozyskiwania dokumentacji projektowej dla robót budowlanych objętych Postępowaniem. Nie można jednak i sprzeczne byłoby to z obowiązującymi regulacjami, oczekiwanie od Zamawiającego, że przeprowadzi w całości Postępowanie i zleci roboty budowlane w formule „Buduj” nie dysponując pełną dokumentacją projektową na nie. Takie działanie powodowałoby niepewność po stronie wykonawców, a nawet mogłoby powodować niemożność dokonania wyceny ofert i w konsekwencji zagrażałoby również konkurencyjności, a także uzasadnionym interesom Zamawiającego – przy braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy mogliby kalkulować w ofertach wyższe ryzyko.

23. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że mimo wysiłków Zamawiającego procesu projektowego nie udało się dokończyć szybciej. Jakkolwiek już w momencie rozwiązania Kontraktu z Wykonawcą był on na określonym szczeblu zaawansowania, szereg działań pozostawał jeszcze do wykonania, aby można było uznać, że Zamawiający dysponuje całościową dokumentacją pozwalającą na wszczęcie Postępowania i zakontraktowanie robót budowlanych. Zamawiający, jak już przy tym wskazywano, ze swojej strony dołożył należytej staranności, aby ten proces jak najszybciej zakończyć, tym niemniej jednak proces

projektowy zależy od szeregu czynników, na które wpływu nie ma ani Zamawiający ani zaangażowani wykonawcy prac projektowych. Przede wszystkim proces projektowy w ramach takiego projektu jak realizowany przez Zamawiającego wymaga szeregu uzgodnień zarówno z gestorami kolidującej infrastruktury (np. sieci oświetleniowych czy sieci gazowych), jak i z jednostkami miejskimi (np. z zarządcą drogi czy jednostką zajmującą się ochroną zieleni). Jednocześnie, uwzględniając, że w ramach projektu realizowanych jest szereg niezależnych od siebie obiektów, uzgodnienia te dokonywane są nie raz, ale dla każdego obiektu z osobna, przy czym proces ten nie ogranicza się do jednorazowego przedstawienia projektu i pozyskania jego uzgodnienia, ale często, a wręcz co do zasady, wymaga kilkukrotnej wymiany korespondencji między projektantem a podmiotem uzgadniającym, spotkań na terenie planowanej inwestycji czy przedstawiania dodatkowych informacji czy dokumentów oraz dochodzenia do porozumienia w przedmiocie możliwych do zastosowania rozwiązań projektowych. Proces ten jest więc z natury procesem czasochłonnym, na długość trwania którego dodatkowo w ostatnim czasie wciąż wpływają takie kwestie jak ograniczenia w funkcjonowaniu określonych instytucji czy dyspozycyjności ich pracowników spowodowane epidemią COVID-19 (co powoduje wydłużenie całego procesu).

24. Jak już wskazywano, Zamawiający, dążąc do tego, by możliwie najszybciej ukończyć wszystkie prace projektowe objęte pierwotnie Kontraktem, m. in. w umowach zawartych na dokończenie prac projektowych zawarł stosowne postanowienia pozwalające na bieżący nadzór nad postępem prac projektowych, w tym na przykład obligujące wykonawców do bieżącego przekazywania informacji i korespondencji dotyczących realizowanych prac projektowych oraz motywujące wykonawców do terminowej ich realizacji i dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia potencjalnych opóźnień.

25. Zamawiający również w toku realizacji umów o prace projektowe działał z najwyższą możliwą starannością w celu zapewnienia ich sprawnej realizacji przez zaangażowanych projektantów – wykonawców prac projektowych (co miało na celu zapewnienie możliwie najszybszego wszczęcia postępowania na dokończenie robót budowlanych objętych pierwotnie Kontraktem). Zamawiający między innymi organizował cykliczne spotkania monitoringowe w celu pozyskania wiedzy o postępach wykonawców, podjętych dotychczas działaniach w procesie projektowym dla poszczególnych obiektów i planowanych do podjęcia działaniach (z których następnie rozliczał wykonawców). Zamawiający dla każdego zadania projektowego wyznaczył też ze swojej strony koordynatora, to jest osobę odpowiedzialną za bieżący kontakt z projektantami, za bieżącą kontrolę postępu prac projektowych oraz za bieżące reagowanie na kwestie związane z pracami projektowymi. Osoba koordynatora systematyzowała współpracę na linii Zamawiający – projektant i w konsekwencji zapewniała możliwie sprawną i efektywną realizację prac projektowych. Zamawiający na bieżąco

reagował na podejmowane przez projektantów działania, wskazując na możliwe sposoby postępowania zmierzające do redukcji potencjalnych opóźnień i przyspieszenia tempa działań projektantów. Zamawiający wdrożył taką bardzo ścisłą współpracę z wykonawcami w celu natychmiastowej diagnozy i eliminacji jakichkolwiek okoliczności mogących zagrozić płynności i efektywności prowadzonych prac

26. Zamawiający aktywnie angażował się i angażuje w nadzór nad działaniami projektantów oraz nad przyjmowanymi przez nich sposobami organizacji pracy własnej, weryfikując ich tempo i efektywność. W sytuacjach, w których w ocenie Zamawiającego wskazane lub możliwe dla celu zapewnienia możliwie niezwłocznego ukończenia procesu projektowego, jest wdrożenie określonych działań po stronie wykonawców, Zamawiający każdorazowo zwracał na to uwagę wykonawcom. Zamawiający w toku rozmów z projektantami podkreślał między innymi konieczność aktywnego kontaktu projektantów z podmiotami trzecimi, pozyskanie określonych stanowisk których było niezbędne do ukończenia procesu projektowego i konieczność wysokiego zaangażowania projektantów w ten element procesu projektowego (również w samych umowach z projektantami znalazły się postanowienia obligujące ich do podejmowania działań w celu zapewnienia jak najszybszego pozyskania wszystkich niezbędnych stanowisk podmiotów trzecich). Zamawiający działał i działa z najwyższą możliwą starannością w celu zapewnienia, że prace projektowe realizowane były przez projektantów w sposób możliwie najbardziej efektywny, a w konsekwencji i pozwalający na zakontraktowanie robót budowlanych możliwie niezwłocznie.

27. Zamawiający wspierał wykonawców prac projektowych w celu umożliwienia im jak najszybszego zakończenia tych prac również poprzez takie działania, jak na przykład zwracanie się do określonych podmiotów zewnętrznych z wnioskiem o przyspieszenie procedowania określonych decyzji, czy uczestniczenie w spotkaniach z podmiotami zaangażowanymi w proces wydawania niezbędnych do ukończenia prac projektowych opinii czy uzgodnień, w celu bieżącego omawiania spraw związanych z realizacją projektu Zamawiającego i zgłaszanych przez wykonawców prac projektowych kwestii wymagających uzgodnienia z jednostkami miejskimi. Pracownicy Zamawiającego również z dużym zaangażowaniem współpracowali z wykonawcami w procesie projektowym, dzieląc się swoją wiedzą i doświadczeniem.

28. Proces projektowy jest jednak, zwłaszcza w odniesieniu do inwestycji realizowanych „w tkance miejskiej” charakteryzującej się dużą gęstością zabudowy, czasochłonny, a na tempo jego trwania niekiedy nie mają wpływu działania podejmowane przez wykonawców – projektantów ani tym bardziej działania podejmowane przez Zamawiającego. Przykładowo, dla ukończenia części prac projektowych objętych pierwotnie Kontraktem niezbędne było uzgodnienie proponowanych rozwiązań projektowych z gestorami różnych sieci, jak sieci gazowe czy oświetleniowe albo pozyskanie decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym. Zarówno

sam wykonawca prac projektowych, jak i Zamawiający, nie ma możliwości wywierania wiążącego wpływu na działania podmiotów od siebie niezależnych i „wymuszenia” na nich podejmowania działań w określonym terminie. Jako przykład sytuacji, na którą Zamawiający ani zaangażowani przez niego wykonawcy prac projektowych nie mają wpływu, wskazać można chociażby długość oczekiwania na wydanie stosownych pozwoleń wodnoprawnych (które również stanowiły element dokumentacji projektowej niezbędnej do realizacji robót budowlanych objętych Postępowaniem). Problemy związane z aktualnym funkcjonowaniem Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, oraz wynikające stąd wydłużone procedury wydawania pozwoleń wodnoprawnych, są powszechnie znane i zostały stwierdzone również w ramach kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, która zwróciła uwagę właśnie na niewłaściwe funkcjonowanie tego organu i na znaczne nieuzasadnione przekroczenia w wydawaniu przez ten podmiot pozwoleń wodnoprawnych. Przykładowo, zgodnie z wynikami kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, liczba spraw niezakończonych w terminie kształtowała się na poziomie 70–80%, opóźnienia w załatwianiu spraw wynosiły zaś przykładowo aż 238 dni. Ogół informacji przedstawionych przez Najwyższą Izbę Kontroli, aktualnych również obecnie, jasno wskazuje, że problem z terminowym wydawaniem poleceń wodnoprawnych jest problemem powszechnym /Informacja o wynikach kontroli „Utworzenie i funkcjonowanie Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie”, KSI.430.006.2020, nr ewid. 155/2020/P/19/051/KSI, dostępna pod adresem: <https://www.nik.gov.pl/plik/id,22975,vp,25680.pdf> [dostęp w dniu 14.12.2022 r.], zaś na tempo działania Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Zamawiający, co oczywiste, nie ma żadnego wpływu.

29. W konsekwencji, mimo podjęcia przez Zamawiającego wszystkich możliwych starań w celu możliwie najszybszego ukończenia prac projektowych dla mogącej zostać wyodrębnioną dla postępowania o realizację robót budowlanych części, w praktyce dopiero w drugiej połowie lipca 2022 r. było to możliwe, czego Zamawiający mimo dołożenia należytej staranności nie mógł w żaden sposób przyspieszyć. Wówczas Zamawiający niezwłocznie wszczął Postępowanie.

30. Podkreślenia w związku z powyższym wymaga po raz kolejny, że możliwość wszczęcia Postępowania uzależniona była wprost od ukończenia procesu projektowego dla obiektów objętych następnie Postępowaniem. To przede wszystkim z tego względu, jak już wskazywano, Postępowanie zostało wszczęte dopiero w lipcu 2022 r. Nie jest więc w żadnej mierze tak, jak zdaje się sugerować UZP, że przez cały okres po rozwiązaniu Kontraktu Zamawiający biernie czekał, nie podejmując żadnych działań w kierunku kontynuacji prac objętych pierwotnie Kontraktem. Takie stanowisko UZP w świetle przedstawionych w toku postępowania wyjaśnień, które nie zostały przez UZP w jakimkolwiek zakresie wzięte pod uwagę, w żadnej mierze nie może zostać uznane za uzasadnione.

31. Zamawiający ponadto pragnie jeszcze raz odnieść się do kwestii momentu zakontraktowania pozostałych do wykonania po rozwiązaniu Kontraktu prac projektowych, aby uniknąć jakichkolwiek wątpliwości, co do dołożenia przez Zamawiającego należytej staranności również na tym etapie procesu, który poprzedził ich zlecenie. Zamawiający kwestię tę szeroko opisał już w kierowanym do UZP w toku kontroli piśmie z dnia 09.11.2022 r., co jednak nie zostało uwzględnione, ani nawet przeanalizowane przez UZP. Stąd też Zamawiający raz jeszcze przedstawia przebieg wydarzeń w tym zakresie.

32. Jak już wskazywano, niezwłocznie po rozwiązaniu Kontraktu, w trybie w nim określonym, podjęte zostały ze strony Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu działania w celu przeprowadzenia inwentaryzacji prac zrealizowanych przez Wykonawcę, w tym prawidłowości i jakości prac do tego momentu zrealizowanych (a w konsekwencji i ustalenia zakresu prac pozostałych do wykonania). Już pismem z dnia 30.11.2021 r. (a więc z dnia następnego po dniu rozwiązania Kontraktu), znak NIK/KW/17292/B/602/2021, Inżynier Kontraktu wezwał Wykonawcę do przekazania wszystkich Dokumentów Wykonawcy oraz do stawiennictwa w wyznaczonych terminach w celu rozpoczęcia inwentaryzacji zrealizowanych przez Wykonawcę robót budowlanych oraz prac projektowych. Zgodnie z Kontraktem Wykonawca zobowiązany był po jego rozwiązaniu do zastosowania się do wydanych w tym zakresie poleceń Inżyniera. Niewątpliwie naturalnym i w pełni zrozumiałym jest, że po rozwiązaniu umowy o zamówienie publiczne, przed ponownym wszczęciem postępowań o dokończenie prac pierwotnie objętych tą umową, przeprowadzana jest inwentaryzacja prac dotychczas wymaganych. Bez takiego działania nie sposób ustalić, co miałyby być przedmiotem „nowego” postępowania czy postępowań, a tym samym niemożliwe byłoby sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z PZP, to jest wystarczająco precyzyjny i niepozostawiający wątpliwości co do zakresu obowiązków, jaki spoczywać ma na wykonawcach.

33. Wykonawca zupełnie zignorował skierowane do niego wezwania i ani nie stawił się w wyznaczonych terminach w celu przeprowadzenia inwentaryzacji ani nie przekazał Zamawiającemu dokumentów sporządzonych przez siebie i swoich podwykonawców w związku z realizacją Kontraktu. Zarówno Zamawiający, jak i Inżynier również później zwracali się do Wykonawcy o wywiązanie się z ciężących na nim obowiązków związanych z inwentaryzacją prac zrealizowanych do czasu rozwiązania Kontraktu (na czym teoretycznie winno zależeć samemu Wykonawcy), co jednak nie przyniosło rezultatów. Wykonawca konsekwentnie ignorował te wezwania i praktycznie w żadnym zakresie nie współpracował w omawianej kwestii z Zamawiającym ani z Inżynierem Kontraktu. Zamawiający w tej sytuacji podjął przy tym wszystkie możliwe działania w celu ustalenia szczegółowego zakresu prac zrealizowanych przez Wykonawcę, w tym między innymi zwrócił się również bezpośrednio do kierowników budów zaangażowanych przez Wykonawcę z wnioskiem o przekazanie

posiadanych przez nich dokumentacji, niemniej również to nie pozwoliło niestety Zamawiającemu na pozyskanie pełnej wiedzy odnośnie zakresu oraz jakości prac zrealizowanych przez Wykonawcę do czasu rozwiązania Kontraktu.

34. W konsekwencji powyższego, sam proces inwentaryzacji prac zrealizowanych przez Wykonawcę trwał zdecydowanie dłużej niż trwałby, gdyby Wykonawca właściwie wywiązał się ze swoich zobowiązań wynikających z Kontraktu po jego rozwiązaniu. W praktyce zaś po rozwiązaniu Kontraktu Wykonawca zupełnie „wycofał się” i niemożliwy był jakikolwiek kontakt z nim w celu pozyskania przez Zamawiającego pełnej wiedzy odnośnie zakresu zrealizowanych prac, w tym w szczególności ich jakości (a więc w konsekwencji – i zakresu prac niezrealizowanych, które winny podlegać zakontraktowaniu w innym postępowaniu). Zauważenia w tym względzie wymaga również, że lider konsorcjum Wykonawcy złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w dniu 23.12.2021 r., faktycznie więc przerwał swoją działalność. Oczywiście przy tym nie jest tak, że Zamawiający do czasu rozwiązania Kontraktu nie miał jakiegokolwiek wiedzy odnośnie postępów Wykonawcy. Zamawiający w toku realizacji Kontraktu na bieżąco weryfikował postęp prac Wykonawcy i cyklicznie organizował spotkania z Wykonawcą w celu jego omówienia. Tym niemniej jednak, taka wiedza nie była wystarczająco wyczerpująca, aby w pełni szczegółowo i precyzyjnie określić zakres prac zrealizowanych przez Wykonawcę do czasu rozwiązania Kontraktu i pozostałych do wykonania. Nie wszystkie prace bowiem, z uwagi na ich przerwanie „w trakcie”, zostały przez Zamawiającego ocenione w trybie wynikającym z Kontraktu przed jego rozwiązaniem. Jest to zupełnie naturalne, powszechnie przyjmuje się w rozbudowanych umowach o roboty budowlane, że prace podlegają ocenie (odbiorowi) po zakończeniu ich pewnego etapu, zaś w sytuacji przerwania prac w trakcie, niezależnie od przyczyn, przeprowadzana jest we współpracy stron dokładna inwentaryzacja, w tym techniczna ocena, prac już wykonanych.

35. Zauważyć też należy, że w sytuacji, w której np. brak było przekazania przez Wykonawcę dokumentacji dotyczącej zrealizowanych przez Wykonawcę prób, Zamawiający nie mógł wiedzieć, czy określone prace można w konsekwencji uznać za prawidłowo wykonane i ukończone – Zamawiający wówczas we własnym zakresie zobligowany był do podjęcia odpowiednich działań sprawdzających jakość zrealizowanych prac, co wymagało określonego czasu. Podkreślenia wymaga przy tym, że Zamawiający jako spółka komunalna ma ograniczone, dostosowane do normalnej działalności Zamawiającego, zasoby personalne w zakresie dysponowania osobami takimi jak inspektorzy nadzoru – podstawowym przedmiotem działalności Zamawiającego jest bowiem zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, nie zaś działalność inwestycyjna. Powyższe również wpłynęło na możliwe tempo prowadzenia przez Zamawiającego inwentaryzacji prac zrealizowanych przez Wykonawcę. Jednocześnie po stronie Zamawiającego w związku z rozwiązaniem Kontraktu istniał szereg innych zobowiązań, które należało wykonać

niezwłocznie, jak na przykład zabezpieczenie rozpoczętych przez Wykonawcę prac w terenie, czy podjęcie działań w celu udroźnienia komunikacji w mieście – Wykonawca bowiem w związku z rozwiązaniem Kontraktu pozostawił określone tereny robót „rozkopanymi”.

36. Jak już wskazano, Wykonawca zignorował też kierowane do niego wezwania do przekazania dokumentacji wytworzonej w związku z realizacją Kontraktu oraz przedstawienia szczegółowych informacji odnośnie stanu poszczególnych prac projektowych. W konsekwencji powyższego, Zamawiający nie mógł od razu po rozwiązaniu Kontraktu pozyskać pełnej wiedzy odnośnie bieżącego etapu prac projektowych i dostępu do całej dokumentacji dotychczas sporządzonej, mimo podejmowania w tym zakresie wszystkich możliwych działań. Zauważenia przy tym wymaga, że z uwagi na specyfikę realizowanego przez Zamawiającego projektu, proces projektowy nie sprowadzał się do prostego sporządzenia jednego projektu i przedstawienia go do organu nadzoru administracji budowlanej. Z uwagi na realizację obiektów objętych uprzednio Kontraktem w mieście, które charakteryzuje się dużą gęstością już istniejącej infrastruktury, przeprowadzenie procesu projektowego wymagało prowadzenia szerokiej korespondencji zarówno z organami administracji, jak i z jednostkami miejskimi czy gestorami istniejących sieci, w celu pozyskania ich uzgodnień, opinii czy decyzji. Z uwagi na „niezależność” poszczególnych obiektów, w ramach Kontraktu (a więc i całego projektu inwestycyjnego Zamawiającego), realizowany był nie jeden komplet dokumentacji projektowej, ale ponad 100 takich kompletów (poszczególne obiekty stanowiły bowiem „odrębne” zamierzenia inwestycyjne, w tym znaczeniu, że na każdy przygotowywany i uzgadniany w szeregu instytucji był odrębny projekt, na każdy obiekt odrębnie procedowano też pozwolenie na budowę/ zgłoszenie budowy). Jakkolwiek Zamawiający w trakcie realizacji Kontraktu na bieżąco weryfikował zaangażowanie Wykonawcy w proces projektowy (m. in. organizując spotkania monitorujące, na których po kolei omawiano zaangażowanie Wykonawcy w realizację prac projektowych dla poszczególnych obiektów, z uwzględnieniem uzgodnień prowadzonych przez Wykonawcę z poszczególnymi podmiotami trzecimi), jak i dążył do tego, by na bieżąco przekazywana była mu cała dokumentacja i prowadzona korespondencja, to jednak wiedza ta nie była z przyczyn obiektywnych w pełni kompletna w momencie rozwiązania Kontraktu (np. podwykonawcy dysponowali określonymi projektami, które nie zostały jeszcze ukończone, a tym samym nie były przekazane Zamawiającemu czy kopiami korespondencji, która nie została jeszcze przekazana do Zamawiającego).

37. Zamawiający w konsekwencji, z uwagi na pełną bierność Wykonawcy, zwrócił się również bezpośrednio do podwykonawców Wykonawcy w celu pozyskania określonych informacji i dokumentów bezpośrednio od nich. Wykonawca miał kilkudziesięciu podwykonawców i dalszych podwykonawców. Dodatkowo było to utrudnione ponieważ

Wykonawca nie płacił regularnie swoim podwykonawcom, a w konsekwencji współpraca z ich strony z Zamawiającym (kwestia przekazania zarówno samej sporządzonej czy pozyskanej dokumentacji, jak i kwestia uregulowania praw autorskich do niej) uzależniona była w pewnej mierze od wypracowania porozumienia w przedmiocie rozliczenia prac wykonanych przez projektantów w okresie realizacji Kontraktu. Konsekwentnie, Zamawiający w celu porozumienia z podwykonawcami musiał w pierwszej kolejności przeprowadzić analizę roszczeń podniesionych przez podwykonawców oraz dokonać rozliczenia z nimi z tytułu bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom od Wykonawcy przez Zamawiającego.

38. Każde roszczenie złożone w tym zakresie przez podwykonawców musiało być przy tym przez Zamawiającego przeanalizowane, zweryfikowane musiała być przede wszystkim jego zasadność na gruncie obowiązujących przepisów dotyczących bezpośredniej zapłaty, jak również Zamawiający w zgodzie z przepisami prawa obowiązującego oraz w zgodzie z Kontraktem zobowiązany był każdorazowo przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie swojego stanowiska i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Zamawiający zauważył w tym względzie, że od Zamawiającego, jako spółki komunalnej, wymagana jest należyta ostrożność w zakresie dysponowania środkami finansowymi.

39. Tym samym Zamawiający każdorazowo zobligowany był do przeprowadzenia szczegółowej weryfikacji roszczeń zgłaszanych przez podwykonawców, co wymagało analizy zarówno pod kątem prawnym, jak i faktycznym. Gdyby bowiem Zamawiający dokonał bezpośredniej zapłaty mimo braku ku temu podstaw wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, mogłoby dojść do sytuacji, w której niemożliwe byłoby odzyskanie tych środków od Wykonawcy, a więc w konsekwencji Zamawiający dwa razy zapłaciłby za te same prace.

40. Z uwagi na brak współpracy Wykonawcy, a w konsekwencji i związane z tym trudności w ocenie zaangażowania podwykonawców w realizację prac projektowych oraz należnego im z tego tytułu wynagrodzenia, proces analizy roszczeń podwykonawców o bezpośrednią zapłatę oraz osiągnięcia porozumienia z nimi, był również stosunkowo czasochłonny. Czynności te z kolei warunkowały dokończenie przedmiotowej inwentaryzacji, niezbędnej dla określenia zakresu dalszych prac, jakie powinny stanowić przedmiot postępowania zmierzającego w pierwszej kolejności do wyboru wykonawców, którzy dokończą prace projektowe, a następnie postępowania w sprawie wyboru wykonawców robót budowlanych opisanych za pomocą omawianej dokumentacji projektowej.

41. Ponadto, wcześniejsze uregulowanie sytuacji z podwykonawcami prac projektowych dla umożliwienia Zamawiającemu bezpiecznego kontynuowania procesu projektowego (a w konsekwencji i w dalszej kolejności realizacji robót budowlanych, których ten proces

projektowy dotyczył) konieczne było z tego względu, że Zamawiający zobowiązany był działać w taki sposób, aby korzystać z dotychczas sporządzonych projektów bez ryzyka roszczeń ze strony projektantów w zakresie praw autorskich (z uwagi bowiem na brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawców przez Wykonawcę istniało ryzyko podnoszenia przez projektantów takich roszczeń również wobec Zamawiającego, co mogłoby na długi czas wstrzymać realizację całego projektu). Również z tego tytułu konieczne było po rozwiązaniu Kontraktu podjęcie przez Zamawiającego niejako w pierwszej kolejności działań zmierzających do osiągnięcia porozumienia z podwykonawcami Wykonawcy w zakresie prac projektowych tak, aby uniknąć ryzyka kwestionowania posługiwania się rezultatami tych prac przez Zamawiającego dla kontynuowania inwestycji. W sytuacji bierności Wykonawcy bezpośrednie porozumienie z projektantami było w praktyce niezbędne dla umożliwienia Zamawiającemu pełnego rozpoznania stanu istniejącego w momencie rozwiązania Kontraktu, a w konsekwencji i określenia zakresu prac pozostałych do wykonania oraz kontynuowania inwestycji.

42. Uwzględniając powyżej opisane trudności (spowodowane przede wszystkim niewłaściwym działaniem Wykonawcy, którego konsekwencje wpływały na możliwość działania przez Zamawiającego nie tylko w toku realizacji Kontraktu, ale i niestety po jego zakończeniu), dopiero na przełomie marca i kwietnia 2022 r. możliwe było zakontraktowanie pozostałych do wykonania prac projektowych (od których ukończenia zależała możliwość wszczęcia Postępowania). Powyższe w żadnej mierze nie było jednak „zawinione” przez Zamawiającego, ale spowodowane okolicznościami od niego niezależnymi, których Zamawiający mimo dołożenia należytej staranności nie był w stanie przezwyciężyć.

43. Konkludując, Zamawiający w całym procesie następującym po rozwiązaniu Kontraktu, a przed wszczęciem Postępowania, działał z należytą starannością, dokładając wszystkich możliwych starań, aby móc jak najszybciej wszcząć Postępowanie. Nie jest więc tak, że w okresie poprzedzającym wszczęcie Postępowania Zamawiający był bierny i „nic nie robił”, jak błędnie i w zupełnej niezgodności ze stanem faktycznym sugeruje UZP w wynikach kontroli. Przeciwnie, Zamawiający podejmował wszystkie możliwe starania, aby Postępowanie wszcząć jak najszybciej. Jego rozpoczęcie, jak szeroko zresztą wyjaśniano, było wprost uzależnione od ukończenia prac projektowych dla robót budowlanych objętych Postępowaniem. UZP zupełnie zaś zignorowało tę okoliczność i w żadnej mierze nie wzięło jej pod uwagę, co doprowadziło do błędnego wniosku o „bierność” Zamawiającego w okresie poprzedzającym wszczęcie Postępowania.

44. Zamawiający oczywiście miał świadomość, że rozwiązanie Kontraktu z Wykonawcą spowoduje konieczność zlecenia realizacji prac objętych tym Kontraktem innemu podmiotowi. Dlatego też niezwłocznie po rozwiązaniu Kontraktu podjął działania w celu zapewnienia powyższego, przygotowując plan działania mający na celu zapewnienie

możliwie najszybszego ukończenia prac objętych pierwotnie Kontraktem, jak i podejmując działania w celu inwentaryzacji prac już wykonanych oraz zlecając realizację tych możliwych do zlecenia wówczas (zarówno w zakresie prac projektowych oraz tych robót budowlanych, gdzie dysponował kompletem dokumentacji projektowej). Z samego faktu wszczęcia Postępowania pod koniec lipca 2022 r. nie można wnioskować, że Zamawiający wszczął je zbyt późno – Zamawiający wszczął je bowiem tak szybko, jak było to możliwe, uwzględniając przyjętą, właśnie w celu możliwie niezwłocznego ukończenia całego zamierzenia inwestycyjnego, koncepcję podziału pozostałych do wykonania prac na prace projektowe i roboty budowlane oraz niezależne od Zamawiającego okoliczności związane z koniecznością inwentaryzacji prac i dokończeniem dokumentacji projektowej. W świetle przedstawionych informacji jasnym jest, że wszczęcie Postępowania wcześniej było niemożliwe.

45. Jednocześnie, Zamawiający pragnie odnieść się również do kwestii długości trwania samego Postępowania. W ocenie Zamawiającego, w żadnej mierze nie można zarzucić Zamawiającemu, że Postępowanie nie było przeprowadzone tak szybko, jak to możliwe, a tym samym Zamawiający mógł równoważnie skorzystać z innych trybów prowadzenia postępowania.

46. Zamawiający wskazuje, że samo Postępowanie wszczęte zostało w dniu 20.07.2022 r. W dniach 28.-29.07.2022 r. odbyły się spotkania negocjacyjne z wykonawcami. Oczywistym jest przy tym, że nieracjonalne byłoby odbywanie spotkań z wykonawcami np. drugiego dnia po przesłaniu im zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacjach. Intencją negocjacji jest bowiem negocjacja warunków postępowania, w tym m. in. warunków umowy o zamówienie publiczne czy uwarunkowań technicznych realizacji prac. Tym samym naturalnym i pożądanym jest, aby wykonawcy przystępowali do negocjacji mając już określone pojęcie o ich przedmiocie oraz o tym, co Zamawiający zamierza zlecić w postępowaniu, a więc i mając określony czas na zapoznanie się z przedstawioną im przez Zamawiającego dokumentacją postępowania. W innym przypadku prowadzone negocjacje miałyby charakter jedynie teoretyczny, nie taka była zaś intencja Zamawiającego. Zamawiający zdecydował się bowiem na tryb negocjacyjny również z tego względu, by rozpoznać potencjalne oczekiwania wykonawców i przygotować zamówienie, w tym w szczególności umowę o zamówienie publiczne, w taki sposób, aby zapewnić jego możliwie szybką realizację w praktyce – kierując się wolą jak najszybszego ukończenia inwestycji. Zamawiający celowo wybrał tryb negocjacyjny bowiem również z tego względu, aby umożliwić on Zamawiającemu zapoznanie się z możliwymi sposobami kontynuacji projektu i wybór najbardziej optymalnego rozwiązania z perspektywy potrzeb i interesu Zamawiającego. Tryb negocjacyjny, w przeciwieństwie do przetargowego, zapewnił efektywną i transparentną wymianę stanowisk co do pożądanых i możliwych sposobów realizacji zamówienia, co ma szczególne

znaczenie w przypadku zamówienia polegającego na dokończeniu prac już rozpoczętych. Niewątpliwie, żeby tryb negocjacyjny miał realny sens, a nie tylko był formalnością (nie taka była bowiem intencja Zamawiającego), niezbędne było danie wykonawcom czasu na zapoznanie się z zamierzeniem inwestycyjnym Zamawiającego i jego zakresem. Stąd też negocjacje odbyły się około tygodnia po zaproszeniu do wzięcia udziału w negocjacjach.

47. Zamawiający pragnie zwrócić ponadto uwagę, że do negocjacji zaprosił 10 podmiotów, a więc zdecydowanie więcej niż wymaga ustawodawca jako niezbędne minimum dla trybu negocjacji bez ogłoszenia. Powyższe również wskazuje, że intencją Zamawiającego nie było ograniczenie konkurencji na rynku, ale jedynie wybór takiego trybu, uzasadnionego okolicznościami i zgodnego z prawem, który pozwoli na możliwie najszybsze zakończenie planowanego przez Zamawiającego zamierzenia inwestycyjnego. W rozbudowanych zamówieniach to nie tryb przetargu nieograniczonego zapewnia większą konkurencyjność ofert, a wręcz można zakładać, że to właśnie w trybach negocjacyjnych (a więc w takich, w których wykonawcy mają większy wpływ na ostateczne ukształtowanie zamówienia i czują większą „sprawczość” po swojej stronie) jest większa szansa na pozyskanie większej ilości ofert.

48. W dniu 05.08.2022 r. przekazano wykonawcom zaproszenie do składania ofert. Zamawiający wyjaśnia w tym zakresie, że po spotkaniach odbytych z wykonawcami w trybie negocjacji, analizował zgłaszane przez wykonawców uwagi i zapytania, jak również modyfikował wstępnie przygotowaną dokumentację Postępowania tak, aby uwzględnić możliwe do uwzględnienia poprawki. Jest to działaniem niewątpliwie prawidłowym i pożądanym – jak już bowiem wskazano, nie było intencją Zamawiającego jedynie „formalne zaliczenie” negocjacji, ale realne rozpoznanie oczekiwań wykonawców i możliwe zmodyfikowanie dokumentacji postępowania tak, aby następnie samo zamierzenie inwestycyjne realizować już możliwie najsprawniej – jak już bowiem wielokrotnie wspomniano, głównym celem Zamawiającego jest jak najszybsze ukończenie robót budowlanych objętych Postępowaniem tak, aby odpowiedzieć na żywotne interesy Miasta Bydgoszczy i jego mieszkańców.

49. Wstępnie termin składania ofert oznaczono na 26.08.2021 r. – Zamawiający przyjął więc tutaj 21-dniowy termin. Oczywiście, formalnie można teoretyzować, że Zamawiający mógł ten termin skrócić. Takie działanie trudno byłoby jednak uznać za właściwe w świetle pozyskanych od wykonawców informacji odnośnie czasu niezbędnego im na pełne przeanalizowanie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego i właściwe przygotowanie oferty. Ponownie podkreślenia wymaga, że intencją Zamawiającego wynikającą z wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia nie było „sztuczne” ograniczenie konkurencji, ale wybór takiego trybu, który zapewnić mógł Zamawiającemu najszybsze zakończenie Postępowania. Uwzględniając charakter zamówienia (rozbudowane zamówienie o roboty budowlane,

dotyczące szeregu niezależnych obiektów budowlanych z odrębnymi kompletami dokumentacji projektowej) skracanie wykonawcom terminu do składania ofert nie byłoby działaniem właściwym i w konkluzji pożądanym – niewątpliwie też spotkałoby się z zarzutami ze strony wykonawców, że Zamawiający przewidział niewłaściwy, niezgodny z PZP termin składania ofert, uniemożliwiający im właściwe przygotowanie się do złożenia oferty. Uwzględniając charakter zamówienia Zamawiający zmuszony był do poszukiwania skrócenia czasu jego trwania w sposób inny niż poprzez skrócenie terminu do składania ofert. Skrócenie terminu do składania ofert przy rozbudowanych zamówieniach, które, niezależnie od konieczności przeanalizowania zakresu po stronie samych wykonawców, wymagają również od nich pozyskania ofert od dostawców określonych materiałów czy urządzeń o charakterze często wyspecjalizowanym i zindywidualizowanym, podlegającym indywidualnej wycenie, trudno uznać za działanie uzasadnione i pożądane. Skracając termin składania ofert Zamawiający postawiłby wykonawców w sytuacji, w której konkurencja po ich stronie mogłaby zostać znacznie ograniczona – np. oferty mogłoby złożyć jedynie ci wykonawcy, którzy mają lepsze relacje z dostawcami określonych urządzeń, pozwalające na szybkie pozyskanie oferty, a pozostali musieliby albo zrezygnować ze składania ofert albo składać oferty z uwzględnieniem wysokiego ryzyka, co w konsekwencji doprowadziłoby do konieczności poniesienia zawyżonych kosztów przez Zamawiającego. Na rozbudowany charakter zamówienia objętego Postępowaniem, a w konsekwencji i na czas niezbędny wykonawcom do właściwego przygotowania ofert (w tym i niemożność skrócenia tego terminu) wskazują również takie dane jak rozmiar dokumentacji projektowej objętej Postępowaniem i przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Dokumentacja projektowa dla części 2 Postępowania miała rozmiar: 2 197 564 KB (po kompresji 2,09 GB), zaś dla części 4 Postępowania: 1 461 417 KB (po kompresji 1,39 GB). Przekładając powyższe informacje na bardziej „obrazowy” język, można zauważyć, że fizycznie ilość dokumentacji, z którą zmuszeni byli zapoznać się wykonawcy w ramach Postępowania, przedstawiała się następująco: dla części 2 Postępowania – 5828 stron A4, dla części 4 Postępowania – 4023 strony A4. Potwierdzają one wyraźnie, że zakres dokumentacji projektowej, z którą zmuszeni byli zapoznać się wykonawcy przed złożeniem ofert był znaczny, a więc i wymagał właściwego terminu na zapoznanie się z nim. Podkreślenia wymaga przy tym, że z uwagi na specjalistyczny charakter robót budowlanych zleczanych przez Zamawiającego, dokumentacja projektowa zawierała szereg rozwiązań o charakterze technicznym, branżowym, wyspecjalizowanym, z którymi wykonawcy również musieli się właściwie zapoznać.

50. W tym kontekście należy również zwrócić uwagę, że niezasadny jest zarzut UZP, jakoby Zamawiający mógł skorzystać z trybu przetargu nieograniczonego i skrócić Postępowanie poprzez zastosowanie określonego w art. 138 ust. 2 skróconego terminu składania ofert.

Oczywiście, jak szeroko wykazano, w niniejszym przypadku zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, tym niemniej jednak możliwość skrócenia terminu składania ofert z uwagi na powyższe miała charakter jedynie teoretyczny. Zamawiający wskazuje, że Zamawiający, jako podmiot działający na podstawie PZP może skrócić termin składania ofert na podstawie art. 138 ust. 2 PZP wówczas, gdy nie tylko zachodziłaby pilna potrzeba przeprowadzenia postępowania, ale i pod warunkiem, że jest to uzasadnione w świetle całości zamówienia i spójne m. in. z zasadą proporcjonalności. Zamawiający zwraca w tym zakresie chociażby na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO”) z dnia 29 marca 2017 r., sygn. KIO 470/17. W wyroku tym KIO wyraźnie stwierdziła, odnosząc się do przyjętego przez zamawiającego terminu składania ofert, że „zasada proporcjonalności stanowi, że wszelkie działania podmiotu zamawiającego w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego winny respektować cele tego postępowania przy zastosowaniu adekwatnych środków zmierzających do uzyskania zamierzonych wyników tego postępowania (tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, w tym z wykorzystaniem konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia określonych w art. 10 ZamPublU). Odnosząc się również do wskazanych przez Zamawiającego okoliczności towarzyszących przedmiotowemu postępowaniu (pilność udzielenia zamówienia) nie można pomijać koniecznych elementów procedury, w tym konieczności oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, konieczności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, jak również konieczności weryfikacji tych dokumentów przez Zamawiającego. Te elementy mogą bowiem stanowić przeszkodę w uzyskaniu zakładanego celu (możliwie szybkiego udzielenia zamówienia) na skutek swego rodzaju „pójścia na skróty” do momentu złożenia ofert i zaprzepaszczenia zysków osiągniętych na tym etapie na kolejnych etapach postępowania. [...] Zamawiający winien mieć na uwadze wszelkie okoliczności mające oraz mogące mieć wpływ na prowadzoną procedurę (wszelkie elementy powiązane z prowadzonym postępowaniem - do których niewątpliwie należy określenie adekwatnego, a więc proporcjonalnego, terminu składania ofert). [...] winien (Zamawiający – dop. autora) zastosować takie elementy towarzyszące procedurze (obejmujące również termin składania ofert) aby pozwolić osiągnąć cel jednego z podstawowych trybów udzielenia zamówienia.”.

51. Z przedmiotowego orzeczenia wynika więc wprost, że zamawiający nie powinien „dowolnie” skracać terminu składania ofert w trybie przetargu nieograniczonego, nawet jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. W każdym przypadku należy mieć również na uwadze ogólne cele postępowania, w tym m. in. zasadę proporcjonalności. Niewątpliwie przy tym, w realiach niniejszej sprawy, to jest w sytuacji, gdy mamy do czynienia z rozbudowanym zamówieniem na roboty budowlane, realizowanym „w mieście”,

wymagającym zapoznania się przez wykonawców z rozbudowaną dokumentacją projektową, zawierającą rozwiązania o charakterze branżowym, wyspecjalizowanym, o dużym stopniu szczegółowości i skomplikowania (na co wskazują chociażby wprost takie dane jak rozmiar plików składających się na dokumentację projektową a przekazanych wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert), jak i pozyskania zindywidualizowanych ofert od wyspecjalizowanych dostawców, skrócenie terminu składania ofert w ramach postępowania realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego, trudno byłoby pogodzić z ogólnymi regułami udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności z wyrażoną w art. 16 pkt 1) zasadą przeprowadzenia zamówień w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

52. W praktyce z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można stwierdzić, że w przypadku przeprowadzenia Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze skróceniem terminu składania ofert, takie postępowanie zostałoby zakwestionowane przez wykonawców – nie dałoby by im ono bowiem możliwości odpowiedniego przygotowania się do złożenia oferty, co w konsekwencji spowodowałoby znaczne wydłużenie całego postępowania (pomijając przy tym takie aspekty, jak to, że w przypadku skrócenia terminu składania ofert zamawiający mógłby pozyskać oferty znacznie zawyżone, wykonawcy uwzględnialiby bowiem maksymalne możliwe koszty realizacji danego zamówienia w sytuacji niemożności realnego pozyskania w krótkim terminie rzeczywistych ofert od swoich dostawców, co doprowadziłoby do niegospodarnego dysponowania środkami przez Zamawiającego). O tym, że skrócenie terminu składania ofert byłoby w niniejszej sprawie niezasadne i nieuzasadnione świadczy również fakt, że Zamawiający nie zdecydował się na takie podejście w Postępowaniu, gdzie był wężiej ograniczony konkretnymi terminami niż miałoby to miejsce w przypadku przetargu nieograniczonego. Zamawiający zdawał sobie bowiem sprawę z tego, że przy przyjęciu krótszego terminu ofert część wykonawców zrezygnuje ze złożenia oferty albo też złoży oferty zawyżone, co trudno uznać za działanie pożądane. W konsekwencji, podejście prezentowane przez UZP, zgodnie z którym niezasadne było zastosowanie przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia „bo możliwe byłoby przecież skrócenie terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym” jest podejściem w pełni oderwanym od praktyki, a nawet prowadzącym do wypaczenia zasad udzielania zamówień publicznych. To bowiem w przypadku przyjęcia takiego założenia mogłoby dojść do zaburzenia konkurencji na rynku (pomijając oczywistą z praktycznego punktu widzenia, przy uwzględnieniu realiów zamówienia objętego Postępowaniem, a w szczególności jego rozbudowanego charakteru, co UZP w zupełności pominęło, kwestię pewnego sprzeciwu wykonawców wobec skrócenia terminu składania ofert). W konsekwencji należy również kategorycznie przyjąć, że w niniejszym przypadku niemożliwe było zastosowanie tzw. procedury przyspieszonej. Oszczędność czasu, na rzekomą możliwość

zaistnienia której w niniejszym przypadku wskazuje UZP, ma bowiem charakter złudny, niemożliwy do realnego osiągnięcia uwzględniając charakter zamówienia.

53. Na uwagę zasługuje, zwłaszcza w realiach niniejszej sprawy, jeszcze jeden aspekt, na który zwróciła uwagę KIO w przywołanym wyżej wyroku z dnia 29 marca 2017 r. KIO wyraźnie bowiem wskazała w nim na to, że w sytuacji koniecznego pilnego udzielenia zamówienia bardziej pożądanym działaniem po stronie zamawiającego publicznego jest rozważenie zastosowania innych trybów postępowania niż tryb przetargu nieograniczonego niż skracanie terminu składania ofert w ramach zastosowanego trybu przetargu nieograniczonego. Stanowisko KIO wyraźnie wskazuje więc na to, że właściwszym działaniem jest zastosowanie niekiedy innego trybu niż tryb przetargu nieograniczonego. Wbrew temu, na co wskazuje UZP, nie jest więc tak, że w każdym przypadku tryb przetargu nieograniczonego jest najbardziej właściwy.

54. Przechodząc do dalszego przebiegu Postępowania, Zamawiający wskazuje, że pierwotnie przewidziany termin składania ofert (26.08.2022 r.) wydłużany był następnie, a ostatecznie określono go na 09.09.2022 r. Wydłużenie terminu ofert związane było z wyjaśnieniem treści SWZ na wniosek wykonawców oraz z dokonywaniem jej zmiany (w związku z pytaniami wykonawców, jak i w związku z koniecznością dokonywania zmian w dokumentacji projektowej spowodowanej kończeniem procesu projektowego dla określonych robót budowlanych, na co Zamawiający wskazywał już powyżej). Harmonogram przebiegu Postępowania po zaproszeniu wykonawców do składania ofert prezentował się następująco:

- 08-12.08.2022 r.: zapytania wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ;
- 12.08.2022 r.: wyjaśnienia i zmiany treści SWZ;
- 16-22.08.2022 r.: zapytania wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ;
- 22.08.2022 r.: wyjaśnienia i zmiany SWZ (w tym zmiana terminu składania ofert na 02.09.2022 r.);
- 23-29.08.2022 r.: zapytania wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ;
- 29.08.2022 r.: wyjaśnienia i zmiany SWZ (w tym zmiana terminu składania ofert na 07.09.2022 r.);
- 30.08-01.09.2022 r.: zapytania wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ;
- 02.09.2022 r.: wyjaśnienia i zmiany treści SWZ (w tym zmiana terminu składania ofert na 09.09.2022 r.);
- 05.09.2022 r.: zapytania wykonawcy o wyjaśnienie treści SWZ;
- 06.09.2022 r.: wyjaśnienia treści SWZ.

55. Działanie Zamawiającego polegające na tym, że w związku ze składanymi przez wykonawców zapytaniami i dokonywanymi w toku postępowania zmianami SWZ, wydłużał termin składania ofert, trudno uznać za działanie nieprawidłowe, czy nawet niepożądane.

Zamawiający działał tutaj zgodnie z ogólnymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonymi w art. 16 PZP oraz skonkretyzowanymi m. in. w art. 137 ust. 6 PZP. Zamawiający każdorazowo wydłużał termin składania ofert tak, aby wykonawcy mogli właściwie zapoznać się z przekazanymi zmianami SWZ, uwzględnić je w złożonej ofercie, a w konsekwencji: zarówno aby umożliwić wykonawcom prawidłową wycenę zamówienia i zapewnić zachowanie konkurencji, jak i aby uniknąć uzyskania zawyżonych ofert, spowodowanych przyjmowaniem przez wykonawców maksymalnych wskaźników kosztów i ryzyka z uwagi na niemożność właściwej wyceny oferty w terminie zakładanym przez Zamawiającego.

56. Zamawiający dążył do tego, by każdorazowo wydłużać termin o możliwie najkrótszy termin, z uwzględnieniem jednak kwestii podniesionych powyżej, to jest konieczności umożliwienia wykonawcom zapoznania się z wprowadzonymi zmianami. Jak już wskazywano, intencją Zamawiającego było bowiem każdorazowo działanie w taki sposób, aby nie ograniczyć wykonawców w możliwości złożenia oferty. Ponadto, fakt zaistnienia przesłanek do wydłużenia terminu składania ofert w toku Postępowania w żaden sposób nie oznacza, że sama decyzja o zastosowaniu takiego trybu była niewłaściwa. Przesłanki do zastosowania określonego trybu należy oceniać na moment podjęcia decyzji o jego zastosowaniu, nie zaś na moment późniejszy. W przeciwnym wypadku cały system byłby niejako wypaczony i w zasadzie w żadnej sytuacji nie mogliby zamawiający publiczni skorzystać z innych trybów dopuszczonych ustawą w określonych przypadkach, nie mogliby bowiem przewidzieć, jak rozwinie się określone postępowanie.

57. W dniu 09.09.2022 r. upłynął termin składania ofert. Przez kolejny tydzień Zamawiający analizował i weryfikował złożone oferty. W dniu 16.09.2022 r. zawiadomił wykonawców o omyłkach pisarskich, rachunkowych i innych. W dniu 20.09.2022 r. udostępnił oferty na wnioski wykonawcy. W dniu 21.09.2022 r. wezwał wykonawców do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 23.09.2022 r. przedstawiono wynik oceny ofert oraz propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu na część 2 i 4 będącą przedmiotem kontroli uprzedniej. Z uwagi na to, że oferty przekroczyły przewidywaną przez Zamawiającego kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, konieczne było również dokonanie przez Zamawiającego weryfikacji, czy możliwe jest zwiększenie tej kwoty do ceny najniższych ofert. Zamawiający musiał bowiem przeanalizować swoje możliwości finansowe, aby zweryfikować, czy jest w stanie poświęcić większą kwotę niż pierwotnie przewidywano, na realizację zamówienia. Analiza ta przyniosła wynik pozytywny i ostatecznie w dniu 26.09.2022 r. przekazano wykonawcom i umieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. W ocenie Zamawiającego postępowanie Zamawiającego po złożeniu ofert oraz

przebieg całego Postępowania w żaden sposób nie świadczy o tym, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności, aby jak najszybciej zakończyć Postępowanie, czy też w konsekwencji – aby w sprawie nie zachodziła przesłanka pilności do udzielenia zamówienia. Przebieg Postępowania, zgodnie z informacjami przedstawionymi powyżej, miał bowiem zupełnie „naturalny” przebieg i w żadnym zakresie nie podlegał przedłużeniu „z winy Zamawiającego”.

58. W konsekwencji powyższego przyjęć należy, że Postępowanie prowadzone było przez Zamawiającego z należyłą starannością, w sposób właściwy – a więc i że wysnute przez UZP bez uzasadnienia wnioski, sprowadzające się do tego, jakoby „długość trwania Postępowania negowała zasadność zastosowania w niniejszej sprawie trybu negocjacji bez ogłoszenia” nie mogą zostać uznane za zasadne. Rozważenia UZP, jakoby Zamawiający był w stanie przeprowadzić postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w zbliżonym okresie do tego, ile trwało Postępowanie, mają charakter jedynie teoretyczny, zaś twierdzenia, jakoby Zamawiający nie dochował należytej staranności, w świetle przedstawionych w uzasadnieniu dla wyboru trybu postępowania i w toku kontroli informacji, nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i świadczą wręcz o braku zapoznania się przez UZP z przekazywanymi przez Zamawiającego informacjami.

59. Podkreślenia wymaga również, że rozważania UZP dotyczące możliwego okresu trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, pomijając nawet dalece nietrafioną w realiach niniejszej sprawy propozycję skrócenia terminu do składania ofert, mają charakter bardzo teoretyczny. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że średni czas trwania postępowań o roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego podany przez UZP nie w każdym przypadku może zostać uznany za miarodajny. W ramach zamówień publicznych zlecane są roboty budowlane o różnorodnym charakterze, a w konsekwencji i o różnym stopniu skomplikowania, wymagające od wykonawców różnego okresu czasu na zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, przygotowanie oferty, a także generujące różny możliwy zakres pytań składanych do zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie przy tym zamówienie objęte Postępowaniem charakteryzuje się stosunkowo wysokim stopniem skomplikowania, a w konsekwencji i zakładany czas trwania przetargu o jego udzielenie byłby niewątpliwie wyższy niż średnia (na co wskazuje również czas trwania postępowania, w wyniku którego doszło do zawarcia Kontraktu z Wykonawcą – postępowanie to trwało bowiem prawie 11 miesięcy, ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 04.12.2017 r. oraz opublikowane w dniu 09.12.2017 r., zaś umowa (Kontrakt) została zawarta w dniu 30.10.2018 r.). Podkreślenia wymaga, że całym Postępowaniem, z uwagi na charakter inwestycji nim objętej, objęta była nie realizacja jednego obiektu budowlanego, a realizacja robót budowlanych odnoszących się do 57 projektów (dla każdego z nich była przygotowywana

odrębna dokumentacja projektowa, a w konsekwencji i odrębne pozwolenie na budowę/ zgłoszenie budowy). W ramach projektu Zamawiającego powstaje bowiem nie jeden obiekt, ale projektem objętych jest ponad sto kompletów dokumentacji projektowej, dla obiektów od siebie niezależnych, umiejscowionych w różnych miejscach. Konsekwencją powyższego jest to, że wykonawcy w Postępowaniu w miejsce zapoznawania się z jednym kompletem dokumentacji projektowej zapoznawali się z szeregiem kompletów dokumentacji projektowej, w tym również, uwzględniając realizację inwestycji w mieście, z szeregiem wymagań i wytycznych podmiotów trzecich takich jak np. jednostki miejskie, zarządcy drogi czy gestorzy kolidującej infrastruktury, które również miały charakter indywidualny, to jest wydawane były osobno dla każdego obiektu. Zakres dokumentacji do rozpoznania przez wykonawców był więc drastycznie większy niż ma to miejsce w tych zamówieniach, w których roboty budowlane obejmują jeden obiekt – na co wskazują również wskazane wyżej dane dotyczą rozmiaru plików składających się na dokumentację projektową a przekazanych wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.

60. Powyższe powoduje również, mimo oczywistego dołożenia przez Zamawiającego starań w tym celu, by przedmiot zamówienia opisać możliwie najprecyzyjniej, zwiększony zakres możliwych do zadawania przez wykonawców pytań czy podnoszenia kwestii wymagających wyjaśnienia w toku postępowania. Ponadto, z uwagi na wyspecjalizowany przedmiot zamówienia, złożenie oferty w Postępowaniu wymagało również pozyskania, jak już wskazano, zindywidualizowanych ofert od dostawców poszczególnych materiałów czy urządzeń o charakterze wyspecjalizowanym, co również wpływało na niezbędną długość trwania Postępowania (i wpływałoby również na jego długość w innym trybie). Powyższe powoduje, że sprzeczne z logiką byłoby przyjęcie założenia, że czas trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zbliżałby się do średniej – a tym bardziej, że zbliżałby się do średniej z 2020 r., którą trudno obecnie uznać za miarodajną. Zamawiający zauważa w tym względzie, czego UZP winno być świadome, że obecnie panują znaczne wahania cen materiałów i usług niezbędnych do realizacji robót budowlanych, a ich wzrosty mają charakter często gwałtowny. Powyższe powoduje również, że wykonawcy nie mogą, jak zapewne robili to w przeszłości, składając ofertę bazować na założeniach aktualnych np. miesiąc temu czy na stałych cenach określonych materiałów, ale zobowiązani są każdorazowo aktualizować wyceny, w tym w szczególności oferty pozyskiwane od swoich dostawców i podwykonawców.

61. Dynamiczna sytuacja na rynku robót budowlanych powoduje bowiem, że nierzadko ceny aktualne jeszcze kilka dni wcześniej na dany dzień nie są już aktualne. Powyższe powoduje, że sytuacja obecna jest diametralnie różna od tej z 2020 r. – obecnie wykonawcy potrzebują bowiem więcej czasu na złożenie oferty, każdorazowo muszą ją bowiem wyceniać indywidualnie, na bieżąco. W konkluzji założenia UZP dotyczące możliwego czasu trwania

postępowania w trybie przetargu nieograniczonego również z powyższego względu uznać należy za wręcz „oderwane” od rzeczywistości zamówieniowej.

62. Podkreślenia wymaga, że przyjmowane przez UZP założenia odnośnie rzekomej możliwości przeprowadzenia Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w 99 dni (które to dane, co Zamawiający również podkreśla, nie wynikają z żadnej znanej Zamawiającemu publikacji, a ponadto, jak wskazano wyżej – zgodnie z informacjami przekazanymi przez sam UZP, dotyczą okresu roku 2020, a więc również z tego względu trudno uznać je za miarodajne obecnie), nie znajdują poparcia również w powszechnie dostępnych informacjach odnośnie długości trwania rozbudowanych postępowań o roboty budowlane w ostatnim czasie w Polsce. Zamawiający, korzystając z wyszukiwarki ogłoszeń Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej TED (<https://ted.europa.eu/TED/search/search.do>) przeanalizował 20 ostatnich opublikowanych ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, z zastosowaniem następujących kryteriów: rodzaj zamówienia (roboty budowlane), miejsce realizacji (Polska), minimalna wartość przetargu (10.000.000 PLN). Zamawiający przedstawia poniżej wyniki przeprowadzonej w tym względzie przez siebie analizy:

<i>Lp.</i>	<i>Numer ogłoszenia</i>	<i>Zamawiający</i>	<i>Data publikacji ogłoszenia o zamówieniu</i>	<i>Data zawarcia umowy</i>	<i>Ilość dni (od publikacji do zawarcia umowy)</i>
1	2022/S 240-692316	Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu	21.05.2021	08.12.2021	201
2	2022/S 239-690437	Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów	01.08.2022	17.11.2022	108
3	2022/S 239-688925	Powiat Parczewski	19.09.2022	02.12.2022	74
4	2022/S 239-688741	Miasto Rybnik	08.08.2022	05.12.2022	119
5	2022/S 239-688335	Szpital Uniwersytecki w Krakowie	10.06.2022	28.11.2022	171
6	2022/S 239-688151	Gmina Miejska Kraków	12.08.2022	01.12.2022	111
7	2022/S 238-687053	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad	05.04.2022	07.11.2022	216
8	2022/S 238-686744	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.	19.09.2022	05.12.2022	77
9	2022/S 238-685705	PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź	27.07.2022	29.11.2022	125
10	2022/S 238-684330	GMINA BUKOWNO	02.08.2022	05.12.2022	125
11	2022/S 238-683365	Miejskie Budownictwo Mieszkaniowe Sp. z o.o.	09.09.2022	05.12.2022	87
12	2022/S 236-681040	Gmina Sokółka	22.07.2022	08.11.2022	109
13	2022/S 236-680935	Powiat Bieszczadzki	22.07.2022	28.11.2022	129
14	2022/S 236-679856	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.	05.01.2022	22.11.2022	321

15	2022/S 236-679822	Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie	08.07.2022	15.11.2022	130
16	2022/S 235-677936	Karlińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Karlinie	30.05.2022	01.12.2022	185
17	2022/S 235-677703	Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze	20.09.2022	29.11.2022	70
18	2022/S 235-676707	Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych	15.04.2022	16.11.2022	215
19	2022/S 234-675629	Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białoleka	22.07.2022	18.11.2022	119
20	2022/S 234-674042	5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej	16.05.2022	08.11.2022	176
				Średnio	143

Z przedstawionych powyżej informacji jasno wynika, że średni czas pomiędzy publikacją ogłoszenia (co następuje ostatnio w praktyce każdorazowo w terminie 5 dni od daty wszczęcia postępowania – przekazania ogłoszenia do publikacji) a zawarciem umowy w większych zakresowo zamówieniach o roboty budowlane realizowane w Polsce w ostatnim czasie wynosił 143 dni (a więc całe postępowanie trwało średnio 148 dni). Również więc tak proste, stosunkowo aktualne i powszechnie dostępne dane potwierdzają, że założenia UZP dotyczące rzekomej możliwości przeprowadzenia postępowania na roboty budowlane objęte Postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego w 99 dni, a nawet krócej, jak zdaje się sugerować UZP, są w zupełności oderwane od realiów i w żadnej mierze nie mogą posłużyć do miarodajnej oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego w niniejszej sprawie. Obiektywne dane dotyczące ostatnio przeprowadzonych w Polsce większych wartościowo postępowań o roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego wyraźnie bowiem wskazują, że średni czas trwania tych postępowań jest dłuższy niż ten zakładany przez UZP. Podkreślenia przy tym wymaga, że w przypadku robót budowlanych objętych Postępowaniem, należałoby się spodziewać raczej, że postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego będzie trwało dłużej niż średnia, a nie krócej. Związane jest to z kwestią tego, że z uwagi na specyfikę robót budowlanych objętych Postępowaniem (szereg „niezależnych” wyspecjalizowanych obiektów, z odrębnym kompletem dokumentacji projektowej dla każdego), zakres dokumentacji projektowej, z którą musieliby zapoznać się wykonawcy również w przypadku udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego byłby większy niż ma to miejsce „średnio”, wykonawcy również w tym

trybie musieliby bowiem się zapoznać nie z jednym kompletem dokumentacji, ale z szeregiem takich kompletów (obiekty budowlane realizowane w ramach projektu Zamawiającego nie są bowiem objęte, jak zaznaczano, jednym pozwoleniem na budowę/zgłoszeniem, ale dla każdego z nich jest ono wydawane oddzielnie), ponadto również „branżowy” charakter zamówienia (roboty budowlane realizowane przez Zamawiającego nie mają bowiem charakteru „zwyčajnego”, to jest nie dotyczą budowy np. bloku mieszkalnego czy prostego biurowca) powoduje, że wykonawcom niezbędny jest dłuższy czas na zapoznanie się z proponowanymi rozwiązaniami technicznymi, ich analizę i wycenę (a nierzadko wykonawcy potrzebują przy tak wyspecjalizowanych zamówieniach również przed złożeniem oferty skonsultować się ze specjalistami z danej branży). Konkludując rozważania ujęte w niniejszym punkcie, należy wskazać, że w żadnej mierze nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby można by racjonalnie zakładać, że Postępowanie, gdyby było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zakończyłoby się w 99 dni.

63. Kolejnym podniesionym przez UZP argumentem, który również nie jest możliwy do wybronięcia, jest przyjęcie, że zamawiający nie powinien zakładać „ewentualnych i hipotetycznych trudności” przy prowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego i w konsekwencji, że nie mogą one uzasadniać zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Niejaka absurdalność zastosowanego przez UZP argumentu w tym względzie przejawia się w tym, że przyjęcie prezentowanego przez UZP stanowiska prowadziłoby do wniosku, że w żadnym przypadku nie zachodzą przesłanki do skorzystania z art. 209 ust. 1 pkt 4) PZP, co spowodowałoby, że przepis ten miałby charakter przepisu martwego. Tymczasem został on celowo przez ustawodawcę wprowadzony, aby zapewnić zamawiającemu publicznemu skorzystanie z w sytuacji pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Zamawiający podejmując decyzję o trybie postępowania musi bowiem, aby osiągnąć zakładane cele (którymi w niniejszym przypadku jest przede wszystkim konieczność pilnego udzielenia zamówienia z uwagi na konieczność ochrony żywotnych interesów, o czym szerzej jeszcze poniżej), rozważyć wszystkie potencjalne okoliczności, jakie mogą mieć miejsce przy stosowaniu danego trybu i uwzględniając nie tylko teorię przepisów (tak jak teoretyczną jedynie w omawianym przypadku możliwość skrócenia terminu składania ofert w trybie przetargu nieograniczonego), ale i praktykę udzielania zamówień w określonych trybach. Ta zaś wskazuje, że postępowania w trybie przetargu nieograniczonego rzadko, o ile w ogóle takie sytuacje zachodzą, trwają tyle, ile w teorii zgodnie z przepisami mogłyby trwać najkrócej. W szczególności dotyczy to rozbudowanych, wyspecjalizowanych zamówień o roboty budowlane, w których zakres wchodzi szereg kompletów dokumentacji projektowej, a samo zamówienie nie dotyczy „zwykłych” robót budowlanych, ale robót budowlanych dotyczących zamierzeń z dziedziny wodociągowo-kanalizacyjnej, a więc bardziej sprofesjonalizowanej.

64. Również doświadczenie innych dużych zamawiających publicznych, realizujących rozbudowane inwestycje o charakterze robót budowlanych, wskazuje, że przeprowadzenie postępowań o udzielenie takich zamówień w trybie przetargu nieograniczonego jest czasochłonne. Praktyką w takich zamówieniach jest przy tym właśnie nie skracanie terminu składania ofert, ale jego wydłużanie z uwagi na dokonywane wyjaśnienia i zmiany treści SWZ, po to, aby umożliwić wykonawcom właściwe przygotowanie oferty. Jedynie tytułem przykładu można tu podać postępowanie prowadzone przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja robót budowlanych dla Etapu I Projektu "Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Etk - Korsze" wraz z elektryfikacją” [/https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/5919/details](https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/5919/details) [dostęp w dniu 13.12.2022 r.]. Ogłoszenie odnoszące się do niniejszego postępowania opublikowano w dniu 03.06.2020 r., pierwotnie przewidując termin składania ofert na dzień 16.07.2020 r. W toku postępowania wpłynęło ponad 1000 pytań od wykonawców, dokonano szeregu zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponadto wpłynęło również odwołanie od wykonawcy odnośnie do m. in. opisu przedmiotu zamówienia. Ostatecznie termin składania ofert oznaczono na dzień 21.08.2020 r. Również przy tym następczo postępowanie było przedłużone wskutek złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej i ostatecznego unieważnienia tej czynności. Umowę zawarto dopiero w dniu 06.12.2021 r. Oczywiście, nieznane są Zamawiającemu przyczyny niedokonania przez zamawiającego w omawianym postępowaniu wyboru oferty wcześniej po upływie terminu składania ofert, tym niemniej jednak już informacje przedstawione wyżej i powszechnie dostępne jasno pokazują, że rozbudowane postępowania o udzielenie zamówień publicznych prowadzone w trybie podlegają wydłużeniu z przyczyn niezależnych od zamawiającego publicznych i niedających się uniknąć takich jak składanie rozbudowanych pytań do specyfikacji, uzupełnianie jej i dokonywanie zmian, składanie odwołań przez wykonawców. Są to okoliczności często występujące w praktyce i niemające w żadnej mierze charakteru hipotetycznego, a przywołany powyżej przykład postępowania prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jest jedynie jednym z wielu przykładów pokazujących, że rozbudowane zamówienia o roboty budowlane prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego trwają w praktyce zdecydowanie dłużej niż zakładane przez UZP (przy czym Zamawiającemu nie jest znane źródło informacji przywołanych przez UZP w tym zakresie danych) 99 dni.

65. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że jest doświadczonym zamawiającym, z dużym doświadczeniem w realizacji projektów polegających na realizacji rozbudowanych zamierzeń inwestycyjnych o charakterze robót budowlanych, w tym w szczególności projektów dofinansowywanych ze środków unijnych (a więc takich, wydatkowanie środków w ramach których podlega kontroli uprawnionych instytucji). Zamawiający założył dotychczasowe możliwe długości trwania postępowania o realizację robót budowlanych objętych

Postępowaniem w innym trybie nie opart na pozbawionych jakiegokolwiek oparcia w rzeczywistości rozważaniach teoretycznych, ale na własnym, długotrwałym i rozbudowanym doświadczeniu, popartym również doświadczeniem innych zamawiających publicznych. To UZP, a nie Zamawiający, w niniejszej sprawie przedstawia nierealne i pozbawione oparcia w rzeczywistości założenia odnośnie możliwego terminu trwania postępowania o udzielenie zamówienia obejmującego roboty budowlane objęte Postępowaniem w innym trybie.

Zamawiający podkreśla przykładowo, że w ramach realizacji projektów „Bydgoski System Wodny i Kanalizacyjny” oraz „Bydgoski System Wodny i Kanalizacyjny II”, dofinansowanych ze środków ISPA i Funduszu Spójności”, obejmujących 31 zadań, przeprowadził 42 postępowania, w ramach których zawarł 93 umowy o zamówienie publiczne. Łączna wartość wskazanych wyżej dwóch projektów wyniosła ponad miliard złotych, ok. 1.041.000.000 zł, dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej – ok. 519.000.000 zł. To właśnie na m. in. bazując na stąd pozyskanym doświadczeniu, jak również na doświadczeniu wynikającym z postępowania prowadzącego do zawarcia Kontraktu, Zamawiający był w stanie realnie ocenić, ile trwałoby Postępowanie, gdyby było realizowane w trybie przetargu nieograniczonego. W ocenie Zamawiającego w pełni nierealne jest oczekiwanie, że zakończyłoby się ono w 99 dni, jak, w sposób niejako „naiwny” zakłada UZP. Na marginesie zwrócić również należy uwagę, że w długiej historii realizacji rozbudowanych projektów, z wysokim dofinansowaniem unijnym, w tym wskazanych wyżej projektów „Bydgoski System Wodny i Kanalizacyjny” oraz „Bydgoski System Wodny i Kanalizacyjny II”, wymagających zawierania szeregu umów o zamówienie publiczne, Zamawiający każdorazowo, jak również w odniesieniu do wyboru trybu Postępowania, działał z poszanowaniem przepisów obowiązującego prawa, w tym w szczególności wymogów reżimu zamówień publicznych. Również decyzja o wyborze trybu Postępowania podyktowana była nie chęcią niezasadnego ograniczenia konkurencji, co Zamawiający szeroko opisuje w niniejszym piśmie oraz w pozostałej dokumentacji przekazanej UZP w toku kontroli, ale koniecznością zapewnienia niezwłocznej realizacji robót budowlanych Postępowaniem objętych. Zamawiający wskazuje również, że także obecnie, w toku realizacji projektu polegającego na budowie i rozbudowie sieci kanalizacji deszczowej (w zakres którego wchodzi również roboty budowlane objęte Postępowaniem), który również, jak wskazano, objęty jest dofinansowaniem ze środków unijnych, w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, na bieżąco konsultował z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej działania zmierzające do zakończenia projektu, na bieżąco, w tym i te podejmowane przez Zamawiającego po rozwiązaniu Kontraktu zawartego z Wykonawcą (podział pozostałych do realizacji prac na prace projektowe i roboty budowlane oraz wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia).

Zamawiający również pod tym kątem dołożył więc należytej staranności, aby działać zgodnie z obowiązującymi regulacjami, a jednocześnie w taki sposób, aby zapewnić możliwie niezwłoczne zakończenie realizacji projektu, o charakterze, jak już wielokrotnie wskazywano, kluczowym dla całego Miasta Bydgoszczy i jego mieszkańców.

66. Zamawiający zauważa, że w przypadku przetargu nieograniczonego należy wyróżnić następujące fazy postępowania: przygotowanie dokumentacji postępowania, publikacja ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, wyjaśnienia treści SWZ, zapewnienie odpowiedniego terminu składania ofert (podlegającego wydłużeniu wskutek ewentualnych zmian SWZ), ocena i badanie ofert, wybór oferty najkorzystniejszej. Ponadto należy uwzględnić ewentualne procedury odwoławcze, szczególnie na treść SWZ i wybór oferty najkorzystniejszej, które mogą istotnie wydłużyć czas trwania przetargu (obecnie średni czas trwania postępowania przed KIO wynosi ok. 4 tygodnie). Niewątpliwie jest to tryb, zwłaszcza w rozbudowanych i skomplikowanych zamówieniach znacznie dłuższy w praktyce niż tryb negocjacji bez ogłoszenia.

67. Podkreślenia wymaga, że przygotowanie dokumentacji przetargowej mogłoby potrwać dłuższy okres czasu (uwzględniając wskazane wyżej potrzeby inwentaryzacji prac zrealizowanych przez Wykonawcę oraz niemożność wcześniejszej konsultacji z potencjalnymi nowymi wykonawcami w postępowaniu „nienegocjacyjnym”). Ponieważ oferty mógłby złożyć nieograniczony krąg wykonawców, również proces ich badania (wyjaśnień, uzupełnień) uległby odpowiedniemu wydłużeniu i mógłby trwać co najmniej miesiąc. Dlatego w najbardziej optymistycznym, lecz mało prawdopodobnym wariancie, przygotowanie i przeprowadzenie postępowania trwałoby (przy czym termin ten należałoby liczyć nie od momentu rozwiązania Kontraktu, ale od momentu zakończenia inwentaryzacji, pozyskania wszystkich dokumentów od podwykonawców oraz ukończenia prac projektowych) 4 miesiące, ale realistyczne należałoby założyć dłuższy okres, wynoszący nawet 6 miesięcy – w szczególności w przypadku ewentualnych postępowań odwoławczych, które wymusiłyby przedłużenie terminu składania ofert lub wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy. Jak już przy tym wskazano powyżej, doświadczenie Zamawiającego związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego doszło do zawarcia Kontraktu, jednoznacznie wskazuje, że w praktyce okres ten mógłby być jeszcze dłuższy. Zamawiający podkreśla w tym zakresie, że nie mógł wykorzystać do Postępowania tej samej, niezmienionej dokumentacji, którą wykorzystano w postępowaniu zmierzającym do zawarcia Kontraktu, przede wszystkim z uwagi na to, że określone działania zostały już podjęte i określony proces projektowy przeprowadzony, a więc dane sprzed zawarcia Kontraktu nie były po jego rozwiązaniu aktualne.

68. Konkludując, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania do Postępowania trybu negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na

to, że możliwe było dotrzymanie terminów dla innych postępowań. Taka możliwość w odniesieniu do zamówienia objętego Postępowaniem bowiem nie zachodziła. Aby osiągnąć zakładane cele, to jest zrealizować zamówienie objęte Postępowaniem do dnia 30.11.2023 r., niezbędne było zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia. UZP całkowicie pominął w swojej ocenie prawidłowości działania Zamawiającego okoliczności, które poprzedzały wszczęcie Postępowania, w szczególności podejmowane przez Zamawiającego w tym okresie działania zmierzające do umożliwienia Zamawiającemu wszczęcia Postępowania. W żadnej mierze nie było bowiem tak, że Postępowanie mogło być wszczęte niezwłocznie po rozwiązaniu Kontraktu, co w szczególności, z uwagi na charakter Postępowania (roboty budowlane w trybie „Buduj”), związane było z koniecznością wcześniejszego zakończenia prac projektowych dla obiektów objętych następnie Postępowaniem. Ponadto, również sam przebieg Postępowania wskazuje na to, że niemożliwe byłoby jego wcześniejsze ukończenie w innym trybie, w tym w szczególności jedynie w teorii zasadne byłoby skrócenie terminu składania ofert w trybie przetargu nieograniczonego.

69. Zwrócić należy również uwagę, że zastosowanie w niniejszej sprawie trybu negocjacji bez ogłoszenia w miejsce trybu przetargowego, było korzystne również z uwagi na konieczność przeprowadzenia z wykonawcami negocjacji w miejsce odgórnego przygotowania SWZ przez Zamawiającego. Takie działanie umożliwiło rozpoznanie oczekiwań i wątpliwości wykonawców, opracowanie razem z nimi takiego sposobu realizacji zamówienia publicznego, który pozwoli na możliwie najszybsze jego ukończenie, a w konsekwencji – i na ograniczenie ryzyk związanych z ewentualnym wydłużeniem terminu realizacji zamówienia na etapie jego realizacji. Jak już wskazywano w samym uzasadnieniu dla zastosowanego trybu udzielenia zamówienia, z uwagi na specyfikę realizowanego przez Zamawiającego projektu oraz odstąpienie od Kontraktu w toku realizacji, w jego obecnej fazie dla Zamawiającego szczególnie czasochłonne i problematyczne byłoby samodzielne opracowanie dokumentacji postępowania. W dodatku wykonawcy w takiej sytuacji mogliby zgłosić swoje zastrzeżenia czy postulaty wyłącznie w trybie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ lub odwołań do KIO. Tymczasem kontynuacja projektu w sposób zmierzający do jak najszybszego jego ukończenia oraz osiągnięcia jego zakładanych rezultatów, wymagała wcześniejszej konsultacji z wykonawcami, którzy mogli zaproponować inne, bardziej optymalne niż zakładane przez zamawiającego, warunki realizacji zamówienia. Z tej przyczyny w celu zapewnienia transparentności procesu zawierania umowy zasadne było przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami, co uzasadniało skorzystanie z trybu negocjacyjnego zamiast trybu przetargowego.

70. W tym miejscu należy dodać, że wstępne konsultacje rynkowe (art. 84 p.z.p.) nie stanowią równoważnej alternatywy dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie

negocjacyjnym, bowiem wykonawcy w trakcie tych konsultacji nie przejawiają aż takiego zaangażowania jak w przypadku negocjacji, do których zostali oficjalnie zaproszeni w ramach już ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wstępne konsultacje rynkowe (podobnie jak w przeszłości dialog techniczny), w przeciwieństwie do ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie są bowiem odczytywane przez wykonawców jako stanowczy zamiar udzielenia zamówienia, co też niekorzystnie przekłada się na aktywność potencjalnych oferentów w tej formie konsultacji.

71. Z uwagi na konieczność przeprowadzenia negocjacji, w istocie jedynym alternatywnym trybem postępowania, dostępnym Zamawiającemu, były sektorowe negocjacje z ogłoszeniem, bowiem postępowanie w trybie przetargowym nie przewiduje etapu negocjacyjnego. Dlatego też błędne jest konsekwentne nawiązywanie przez UZP do trybu przetargu nieograniczonego i jego specyfiki. Zamawiający mógł bowiem rozważyć udzielenie zamówienia albo w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo negocjacji z ogłoszeniem, które – w przypadku zamawiającego sektorowego – zgodnie z art. 376 ust. 1 PZP nie wymagają wykazania spełnienia dodatkowych przesłanek (inaczej niż w przypadku zamawiających klasycznych – art. 153 PZP). Jak już wykazano, co do zasady tryb negocjacyjny należy uznać za najwłaściwszy z uwagi na specyfikę udzielanego zamówienia. Przede wszystkim umożliwił on Zamawiającemu zapoznanie się z możliwymi sposobami kontynuacji projektu i wybór najbardziej optymalnego rozwiązania z perspektywy potrzeb i interesu Zamawiającego, jak i dostosowanie umowy i proponowanych rozwiązań dotyczących realizacji prac do oczekiwań wykonawców – a w konsekwencji i uniknięcie opóźnień w trakcie samej realizacji. Tryb negocjacyjny, w przeciwieństwie do przetargowego, zapewnił efektywną i transparentną wymianę stanowisk co do pożądaných i możliwych sposobów realizacji zamówienia, co ma szczególne znaczenie w przypadku zamówienia polegającego na dokończeniu prac już rozpoczętych. Powyższe UZP konsekwentnie zignorował wskazując jako punkt odniesienia i właściwe rozwiązanie przetarg nieograniczony, tym samym bagatelizując specyfikę udzielanego zamówienia. Tymczasem rozważania powinny dotyczyć wyłącznie wyboru pomiędzy sektorowymi negocjacjami z ogłoszeniem i negocjacjami bez ogłoszenia.

72. Jednakże skorzystanie z trybu sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, jakkolwiek mogłoby się wydawać uzasadnione z uwagi na specyfikę zamówienia wymagającą przeprowadzenia negocjacji przed ostatecznym ustaleniem treści SWZ, również wiązałoby się z podjęciem szeregu czasochłonnych czynności przez Zamawiającego, które w dodatku mogłyby zostać zakwestionowane w drodze odwołań do KIO. Przede wszystkim konieczne byłoby sporządzenie i opublikowanie opisu potrzeb i wymagań (dalej jako: „OPiW”), a następnie przeprowadzenie czynności związanych z prekwalfikacją wykonawców z uwzględnieniem weryfikacji wszystkich wymaganych dokumentów podmiotowych, których

złożenia należałoby oczekiwać od wykonawców już na etapie prekwalfikacji. O ile sporządzenie OPIW jest zadaniem mniej angażującym niż sporządzenie kompletnej SWZ w trybie przetargowym, to jednak jego prawidłowe przygotowanie również byłoby czasochłonne. Podobnie etap prekwalfikacji, którego czas trwania w dużym stopniu byłby niezależny od zamawiającego, bowiem uwarunkowany postępowaniem wykonawców. Czas trwania negocjacji z ogłoszeniem w omawianym przypadku byłby trudny do oszacowania, lecz można założyć, że nie wyniósłby mniej niż 3 miesiące, a bardziej realny byłby scenariusz zakładający 4-5 miesięcy. Tymczasem Postępowanie zapewniło możliwość stosunkowo szybkiego jego przeprowadzenia – od momentu zaproszenia do negocjacji do momentu upływu terminu składania ofert minęło około półtora miesiąca.

73. Gdyby nie pilna potrzeba udzielenia zamówienia, Zamawiający prawdopodobnie podjąłby decyzję o wszczęciu postępowania w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, co w jego przypadku – jako zamawiającego sektorowego – nie wymagałoby wykazania spełnienia dodatkowych przesłanek. Pamiętać bowiem należy, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym, a zatem może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem bez wykazywania spełnienia przesłanek określonych w art. 153 PZP, co wynika z brzmienia art. 376 ust. 1 PZP. Zgodnie z tym przepisem negocjacje z ogłoszeniem są jednym z „trybów podstawowych” dla zamówień sektorowych. To jednak wiązałoby się z czasochłonnymi czynnościami związanymi przede wszystkim ze sporządzeniem OPIW oraz prekwalfikacją, które – z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia – istotnie zagroziłyby nie tylko interesowi Zamawiającego, lecz przede wszystkim uniemożliwiły kontynuację projektu w rozsądnym terminie, co też negatywnie przełożyłoby się na bezpieczeństwo mieszkańców Bydgoszczy oraz na wszystkie interesy, które szeroko opisywano w uzasadnieniu dla trybu postępowania.

74. Uwzględniając powyższe, właściwą formułą ustalenia treści dokumentacji postępowania i przeprowadzenia Postępowania był w niniejszej sprawie tryb negocjacyjny, w którym – inaczej niż w trybie przetargowym – zamawiający nie narzuca w całości swoich wymagań, lecz określa je z uwzględnieniem stanowisk zaprezentowanych przez wykonawców, przedstawionych z zachowaniem przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Uwzględniając realia zamówienia, właściwe było przy tym przeprowadzenie negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia w miejsce negocjacji z ogłoszeniem, biorąc pod uwagę istniejącą pilną potrzebę jego udzielenia.

75. Błędnie w niniejszej sprawie UZP zdiagnozował również, że brak było pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Do wniosku takiego UZP doszedł biorąc pod uwagę jedynie termin, jaki upłynął między rozwiązaniem Kontraktu a wyborem ofert w Postępowaniu, nie analizując w żadnej mierze, z jakich przyczyn Zamawiający nie wszczął i nie przeprowadził Postępowania wcześniej. Jak już szeroko opisano powyżej, w świetle niniejszej sprawy nie

sposób uznać, że Zamawiający mógł szybciej wszcząć Postępowanie. UZP błędnie i w sposób całkowicie nieuzasadniony przyjęło bowiem w tym względzie, że Zamawiający nie wszczął Postępowania wcześniej z uwagi na rzekome własne zaniedbania, a więc, że w konsekwencji nie zależało mu realnie na pilnym przeprowadzeniu zamówienia, w sytuacji gdy wszystkie działania Zamawiającego podejmowane po rozwiązaniu Kontraktu podyktowane były tym, aby możliwie najszybciej zrealizować zakres prac objętych pierwotnie Kontraktem. UZP zignorowało całokształt sytuacji, a w szczególności konieczność ukończenia prac projektowych przed wszczęciem Postępowania obejmującego swoim zakresem roboty budowlane realizowane w formule „Buduj”. Raz jeszcze Zamawiający podkreśla, że sam fakt upływu określonego terminu między rozwiązaniem Kontraktu a przeprowadzeniem Postępowania nie jest równoznaczny z tym, że realizacja zamówienia nie miała charakteru pilnego. Przeciwnie, to właśnie konieczność pilnej realizacji zamówienia, a w szczególności wybór takiej formuły dokończenia prac po Wykonawcy, która pozwoli na możliwie najszybsze ukończenie prac pozostałych do wykonania po Wykonawcy (i podjęta w związku z tym decyzja o podziale pozostałych do realizacji po Wykonawcy prac na prace projektowe i roboty budowlane, z założeniem zlecenia realizacji robót budowlanych w miarę postępu prac projektowych), spowodowały, że Postępowanie zostało wszczęte w lipcu 2022 r. Zamawiający dążył bowiem nie do tego, aby „sztucznie” wykreować przesłanki do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, ale do tego, by możliwie najszybciej ukończyć prace objęte uprzednio Kontraktem z Wykonawcą.

76. Zamawiający nie neguje argumentów UZP w zakresie, w jakim UZP przywołuje orzecznictwo czy doktrynę wskazujące na to, że o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia mowa wówczas, gdy należy niezwłocznie udzielić zamówienia publicznego „w celu zapobieżenia powstania znacznej szkody, w celu ochrony zdrowia i życia bądź środowiska” lub na to, że interesem mogącym podlegać ochronie poprzez udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest np. ochrona życia i zdrowia czy bezpieczeństwa. Przeciwnie, Zamawiający sam przywoływał analogiczne argumenty w uzasadnieniu dla wyboru negocjacji bez ogłoszenia dla Postępowania. W ocenie Zamawiającego, co szeroko uzasadniono w tym uzasadnieniu, w niniejszej sprawie takie okoliczności zachodzą. UZP przy tym, co kluczowe, nie zanegowało faktu, że przywołane przez Zamawiającego interesy mają charakter pilny i podlegający ochronie, a w konsekwencji i uzasadniający zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia. UZP jedynie błędnie uznało, że z samego faktu upływu określonego terminu między rozwiązaniem Kontraktu a przeprowadzeniem Postępowania można wywnioskować, że realizacja zamówienia nie miała dla Zamawiającego charakteru pilnego – zupełnie ignorując, że fakt braku wszczęcia Postępowania natychmiastowo po rozwiązaniu Kontraktu nie był podyktowany zaniedbaniem Zamawiającego, ale związany był z obiektywnymi okolicznościami, szeroko opisanymi zarówno w toku kontroli, jak i też

dodatkowo w niniejszym piśmie, a w szczególności z przyjętą koncepcją dokończenia prac po Wykonawcy w podziale na prace projektowe i roboty budowlane, co podyktowane było właśnie wolą jak najszybszego ukończenia zamierzenia inwestycyjnego Zamawiającego.

77. Pilna potrzeba realizacji zamówienia objętego Postępowaniem niewątpliwie zaś zachodzi, co szeroko Zamawiający przedstawił w uzasadnieniu dla trybu postępowania przekazanym UZP. Nie powielając w całości argumentacji już uprzednio w tym zakresie przedstawionej, Zamawiający pragnie jedynie podkreślić kluczowe kwestie w niniejszym wystąpieniu. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zgodnie z dorobkiem orzecznictwem przez pilną potrzebę udzielenia zamówienia należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem obiektywnych nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie KIO ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. /G. Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 362; wyrok KIO z dnia 27.01.2011 r. sygn. akt KIO 88/11./ Niewątpliwie w niniejszej sprawie takie okoliczności występują.

78. Z uwagi bowiem na konieczność rozwiązania Kontraktu zawartego z Wykonawcą, do wykonania pozostał w dalszym ciągu znaczny zakres robót budowlanych, które z uwagi na żywotne interesy Miasta Bydgoszczy i mieszkańców, jak również kwestie ochrony środowiska oraz realne ryzyko wystąpienia szkody majątkowej zarówno w odniesieniu do mienia mieszkańców, jak i mienia publicznego, powinny być ukończone tak szybko, jak to możliwe. To właśnie te prace zostały objęte Postępowaniem. Ich niezwłocznie możliwe zakończenie kluczowe jest do adaptacji Miasta Bydgoszczy do zmian klimatycznych, a w konsekwencji i do uniknięcia realnych szkód w interesach podlegających ochronie, jak również niezbędne dla dokończenia realizowanego przez Zamawiającego projektu w zgodzie z wymaganiami zawartej przez Zamawiającego na jego realizację umowy o dofinansowanie.

79. Podkreślenia wymaga, co zresztą Zamawiający szeroko opisywał już w samym uzasadnieniu dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, że niezwłoczne ukończenie zamówienia objętego Postępowaniem przyczynia się m.in. do zminimalizowania skutków znacznych utrudnień komunikacyjnych dla społeczeństwa, wpływa na poprawę bezpieczeństwa, zapobiega szkodzie w majątku oraz chroni przed degradacją środowiska. Wszystkie te interesy są istotnymi interesami podlegającymi ochronie. W szczególności należy uwzględnić, że głównym celem robót budowlanych objętych Postępowaniem) jest dostosowanie kanalizacji deszczowej na terenie Miasta Bydgoszczy do obecnego i planowanego sposobu zagospodarowania terenu, zabezpieczenie miasta przed skutkami deszczy nawalnych oraz dużej ilości wód opadowych i roztopowych – minimalizacja podtopień budynków i zalania ulic, umożliwienie retencjonowania wody i wykorzystania jej

w okresach suchych (co sprowadza się do stwierdzenia, że główny cel całego projektu, w tym i robót budowlanych mających zostać zleconymi w rezultacie Postępowania, ma charakter adaptacji do zmian klimatu i tym samym przyczynia się do poprawy bezpieczeństwa życia mieszkańców oraz warunków sanitarnych oraz bezpieczeństwa ruchu drogowego).

80. Z uwagi na duży rozwój Miasta Bydgoszczy w ostatnich latach, w szczególności poprzez zagęszczoną zabudowę (powstawanie nowych osiedli, zagęszczoną zabudowę mieszkaniową, usługową i przemysłową) i związane z tym zmniejszenie powierzchni przepuszczalnych, jak tendencję do występowania (i pogłębiania się) w ostatnich latach ekstremalnych zjawisk klimatycznych – od wyniszczającej suszy do gwałtownych (ponadnormatywnych, nawalnych) opadów, brak realizacji robót budowlanych objętych Postępowaniem zdecydowanie obniża komfort życia mieszkańców oraz w niektórych częściach miasta zagraża ich zdrowiu i życiu, jak również stanowi poważne ryzyko ponoszenia zarówno przez mieszkańców, jak i przez samo Miasto Bydgoszcz, znacznych kosztów finansowych związanych ze zniszczeniem istniejącej infrastruktury, w tym budynków. Występujące lokalne podtopienia nie tylko powodują znaczne szkody w majątku (zniszczenia spowodowane podtopieniami mają charakter nierzadko znacznych i nieodwracalnych, w tym znaczeniu, że późniejsze ukończenie projektu nie może zapobiec zniszczeniom już powstałym), ale i w skrajnych przypadkach mogą stanowić realne zagrożenie dla zdrowia i życia mieszkańców, np. poprzez uniemożliwienie dojazdu karettek czy zalania takich obiektów użyteczności publicznej jak szpitale.

81. Realizacja robót budowlanych objętych Postępowaniem stanowi odpowiedź na bieżące potrzeby rozwoju sieci kanalizacji deszczowej w Bydgoszczy i ma na celu przystosowanie miasta do zmiany warunków klimatycznych. Podkreślić należy, jak już szeroko wskazywano w uzasadnieniu dla trybu postępowania, że w ostatnich latach wielokrotnie wskutek deszczy nawalnych występowały w Bydgoszczy poważne utrudnienia i szkody. Jedynie przykładowo można tu przywołać chociażby ulewy z lipca ubiegłego roku, które spowodowały nieprzejezdną szereg ulic i zalanie torów tramwajowych, co niewątpliwie wiąże się z paraliżem komunikacyjnym, jak również zalanie infrastruktury miejskiej takiej jak stadion [/https://wiadomosci.onet.pl/kujawsko-pomorskie/powodz-w-bydgoszczy-ogromne-opady-deszczu-zalane-ulicei-stadion/lfm2jp7](https://wiadomosci.onet.pl/kujawsko-pomorskie/powodz-w-bydgoszczy-ogromne-opady-deszczu-zalane-ulicei-stadion/lfm2jp7) [dostęp w dniu 04.01.2022 r.]. Również w poprzednich latach deszcze nawalne w znaczny negatywny sposób wpływały na funkcjonowanie całego miasta, nie tylko poprzez zalewanie ulic i budynków mieszkalnych, ale również przez zalewanie infrastruktury powszechnie dostępnej i istotnej dla funkcjonowania miasta. Przykładowo dostępne doniesienia medialne wskazują, że w latach poprzednich doszło do zalania centrum handlowego [/https://pomorska.pl/bydgoszcz-miasto-nad-woda-a-po-ulewach-takze-pod-woda/ar/13349119](https://pomorska.pl/bydgoszcz-miasto-nad-woda-a-po-ulewach-takze-pod-woda/ar/13349119) [dostęp w dniu 04.01.2022 r.], do zalania dworca [/https://pomorska.pl/bydgoszcz-miasto-nad-woda-a-po-](https://pomorska.pl/bydgoszcz-miasto-nad-woda-a-po-)

ulewach-takze-pod-woda/ar/13349119 [dostęp w dniu 04.01.2022 r.], do zalania szpitali, przedszkoli i przychodni /https://bydgoszcz.tvp.pl/48745826/ulewy-zalane-ulice [dostęp w dniu 04.01.2022 r.], jak i do podmycia wiaduktu, co mogło zagrażać bezpieczeństwu ruchu pociągów /https://expressbydgoski.pl/glowne-ulice-bydgoszczy-zostaly-zalane-bo-studzienki-kanalizacyjne-nie-daly-radyzdjecia/ar/10813002 [dostęp w dniu 04.01.2022 r.]. Na powyższych przykładach wyraźnie widać skalę konsekwencji związanych z zachodzącymi zmianami klimatu. Deszcze nawalne powodują nie tylko tymczasowe utrudnienia (które również w istotny sposób zaburzają codzienne funkcjonowanie miasta), ale i znaczne trwałe zniszczenia, zarówno własności prywatnej takiej jak budynki mieszkalne czy samochody, które uległy zalaniu, jak i infrastruktury miejskiej np. dróg, wiaduktów, szpitali czy przedszkoli, wymagające następczej naprawy, co wiąże się z istotnymi kosztami.

82. Konieczność zapobieżenia negatywnym skutkom ulewnych opadów deszczu w postaci występujących podtopień lub ryzyka powodzi, stanowi niewątpliwie interes, który podlega ochronie i może doznać uszczerbku wskutek zbyt późnego udzielenia zamówienia. Jak już przy tym wskazywano, z uwagi na wciąż zachodzące i pogłębiające się zmiany klimatyczne, których zaistnienie potwierdzają chociażby nawet doniesienia medialne o powodziach, podtopieniach i zalaniach miast, w tym właśnie Bydgoszczy, o czym mowa powyżej, realizacja objętych Postępowaniem robót budowlanych nie może być przesuwana w czasie bez negatywnych konsekwencji dla Miasta Bydgoszczy i jego mieszkańców – każdy kolejny sezon bez właściwego zabezpieczenia przed negatywnymi skutkami deszczu nawalnych stanowi bowiem poważne zagrożenia.

83. Ponadto, jak już zresztą również wskazywano w uzasadnieniu dla trybu Postępowania, w związku z realizacją robót budowlanych objętych Postępowaniem ma zostać zapewniona również retencja wód opadowych i roztopowych, co jest istotne i pilne z punktu widzenia pogłębiającego się w Polsce problemu suszy. Co więcej, pilność realizacji robót budowlanych objętych Projektem uzasadniona jest również sytuacją społeczną, niepokojami związanymi z przedłużającą się na skutek niewłaściwego działania Wykonawcy realizacją inwestycji, a także koniecznością uniknięcia kumulacji różnych inwestycji miejskich w jednym czasie (gdyby przesunęła się realizacja prac planowanych przez Zamawiającego i doszło do ich jednoczesnego prowadzenia z innymi planowanymi już obecnie na kolejne lata inwestycjami miejskimi), co spowodowałoby znaczne utrudnienia komunikacyjne dla mieszkańców Bydgoszczy. Niezwłoczne dokończenie prac po Wykonawcy pozwoli również na uniknięcie realizacji prac „traconych”, o charakterze tymczasowym, w celu zabezpieczenia prac dotychczas wykonanych.

84. Niezwłoczna realizacja robót budowlanych objętych Postępowaniem pozwoli również na uniknięcie szkody w budżecie Zamawiającego, będącego spółką komunalną, którego jedynym wspólnikiem pozostaje Miasto Bydgoszcz, która mogłaby powstać w sytuacji braku

realizacji tych prac w terminie pozwalającym na kwalifikowanie wydatków w związku z zawartą przez Zamawiającego umową o dofinansowanie projektu. Zamawiający wskazuje w tym kontekście, że z roboty budowlane objęte Postępowaniem realizowane są w ramach projektu dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. Zgodnie z treścią rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, wydatki kwalifikują się do otrzymania wkładu z Funduszu Spójności, jeżeli zostały poniesione do końca 2023 r.

85. Tym samym termin ukończenia realizacji robót budowlanych objętych Postępowaniem ma kluczowe znaczenie dla możliwości pozyskania refundacji środków wydatkowanych na jego realizację. W celu uzyskania refundacji środków, Zamawiający jest zobligowany do poniesienia wydatków w określonym terminie. Wydatki poniesione przez Zamawiającego w późniejszym okresie nie będą mogły być uznane za kwalifikowalne, a tym samym Zamawiający nie uzyska ich zwrotu. W ten sposób powstanie szkoda majątkowa w budżecie Zamawiającego, będącego spółką komunalną, którego jedynym wspólnikiem pozostaje Miasto Bydgoszcz. Utrata części dofinansowania na realizację projektu wywoła z pewnością nieodwracalny, ujemny skutek finansowy dla Zamawiającego, jak i w szerszym rozumieniu dla całego Miasta Bydgoszczy – bezpośrednie konsekwencje utraty dofinansowania poniosą bowiem mieszkańcy Miasta Bydgoszczy, to oni bowiem nie będą mogli skorzystać z pozytywnych rezultatów zamierzenia inwestycyjnego Zamawiającego i nie będą mogli skorzystać z gwarantowanej nim ochrony przed negatywnymi skutkami deszczy nawaalnych. Zamawiający zaś, z uwagi na ograniczone środki własne oraz na zakaz subsydiowania skrośnego (zakaz pokrywania kosztów jednej działalności przychodami z drugiej, wynikający z faktu bycia przez Zamawiającego przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym), nie będzie mógł z własnych środków zapewnić realizacji zakładanego przedsięwzięcia w sytuacji utraty dofinansowania ze środków unijnych.

86. W takiej sytuacji nie zostałaby zrealizowana inwestycja mająca kluczowe znaczenie dla mieszkańców Miasta Bydgoszczy, mająca na celu ich ochronę przed katastrofalnymi skutkami zmian klimatycznych, które powodują coraz częstsze powstawanie deszczy nawaalnych, a w ich rezultacie zatopień, podtopień i zalań. Zamawiający raz jeszcze podkreśla, że ryzyko to powstało z przyczyn od Zamawiającego niezależnych,

niezawinionych, których Zamawiający nie mógł przewyciężyć mimo działania z należytą starannością, spowodowane jest bowiem niewłaściwym działaniem Wykonawcy, które w ostateczności doprowadziło do konieczności rozwiązania Kontraktu zawartego z Wykonawcą i poszukiwania alternatywnych sposobów realizacji projektu Zamawiającego.

87. Jak wskazano powyżej i jak szeroko uzasadniono również w uzasadnieniu dla trybu Postępowania, szybka i sprawna realizacja projektu, w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, jest kluczowa dla lokalnej społeczności, gdyż projekt ma za zadanie zneutralizować ryzyko związane z występowaniem podtopień i powodzi w następstwie występujących corocznie ekstremalnych zjawisk pogodowych, co poprawi bezpieczeństwo mieszkańców. Ponadto, możliwie niezwłoczna realizacja objętych Postępowaniem robót budowlanych, pozwoli również na niezwłoczne wdrożenie rozwiązań pozwalających zminimalizować negatywne konsekwencje występujących suszy oraz chronić przed jej skutkami środowisko naturalne. Pilność dokończenia objętych Postępowaniem robót budowlanych, wynika również z konieczności minimalizowania szkód finansowych związanych z jego opóźnieniem. Realizacja Projektu, w tym objętych Postępowaniem robót budowlanych, obniży koszty związane z usuwaniem skutków negatywnych zjawisk atmosferycznych ponoszone przez mieszkańców i przedsiębiorców, jak również zmniejszy liczbę nakładów inwestycyjnych w rozwiązania punktowe, a w konsekwencji – im szybciej Projekt i objęte Postępowaniem stanowiące jego część roboty budowlane zostaną zrealizowane, tym mniejsze będą szkody powiązane z negatywnymi zjawiskami atmosferycznymi, ponoszone przez Beneficjenta, Miasto Bydgoszcz, mieszkańców i inne podmioty. Konkludując, realizowana przez Zamawiającego inwestycja wygeneruje zatem znaczne korzyści społeczne, w tym zwiększy komfort życia i poczucie bezpieczeństwa mieszkańców.

88. Uwzględniając powyższe, w ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że interesy, jakie mają być ochronione w związku z realizacją robót budowlanych objętych Postępowaniem, mają charakter interesów podlegających ochronie, a w konsekwencji i powodujących wystąpienie pilnej potrzeby realizacji zamówienia – a co za tym idzie, również uzasadniają zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia do Postępowania. Zamawiający zauważa raz jeszcze w tym względzie, że UZP nie zanegowało w żaden sposób przedstawionych przez Zamawiającego argumentów odnośnie charakteru interesów podlegających ochronie, a jedynie skoncentrowało się z pełnym pominięciem okoliczności stanu faktycznego na terminie, który upłynął między rozwiązaniem Kontraktu a przeprowadzeniem Postępowania. Zamawiający w związku z powyższym nie powiełał również w niniejszym wystąpieniu całości informacji odnośnie interesów chronionych niezwłocznym zakończeniem robót budowlanych objętych Postępowaniem, skupiając się jedynie na kluczowych elementach w tym zakresie – w razie jakichkolwiek wątpliwości w tym

zakresie Zamawiający odsyła przy tym do uzasadnienia dla trybu negocjacji bez ogłoszenia przekazanego do UZP wraz z protokołem postępowania.

89. Konkludując rozważania odnośnie zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, w ocenie Zamawiającego niewątpliwie w niniejszej sprawie ona zachodziła. To właśnie bowiem te roboty, które są niezbędne z uwagi na ochronę podlegających ochronie interesów zarówno samego Zamawiającego, jak i przede wszystkim mieszkańców i Miasta Bydgoszczy, objęte zostały Postępowaniem.

90. Kluczowym błędem popełnionym przez UZP w toku kontroli, który w konkluzji doprowadził do błędnego uznania, że możliwe było zachowanie terminów dla innego trybu postępowania, jak i że nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, było więc zupełne zignorowanie okoliczności wpływających na termin wszczęcia i długość trwania Postępowania. To właśnie przyjęcie błędnego i w żadnej mierze nieuzasadnionego w realiach niniejszej sprawy założenia, jakoby Zamawiający mógł wcześniej przeprowadzić Postępowanie, a nie zrobił tego jedynie „z własnej winy” doprowadziło do niewłaściwego uznania, że w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do skorzystania przez Zamawiającego z trybu określonego w art. 209 ust. 1 pkt 4) PZP.

91. Zamawiający ponownie wskazuje w tym zakresie, że mimo że Zamawiający szeroko przedstawił stan faktyczny dotyczący okresu następującego między rozwiązaniem Kontraktu a wszczęciem Postępowania w wyjaśnieniach skierowanych do UZP w dniu 09.11.2022 r., wyjaśnienia te nie tylko nie zostały przez UZP uwzględnione, ale wręcz, jak wynika z uzasadnienia do wyników kontroli, nie zostały w ogóle przez UZP przeanalizowane. Zamawiający zwraca również uwagę, że jeżeli UZP miało jakiegokolwiek wątpliwości co do przebiegu samego Postępowania, przykładowo do przyjętego przez Zamawiającego terminu składania ofert w Postępowaniu, również mogło te wątpliwości z Zamawiającym w toku kontroli wyjaśnić, w miejsce arbitralnego przyjmowania, że Zamawiający mógł w określonym zakresie postąpić inaczej. Tymczasem UZP w ocenie Zamawiającego, o czym świadczy uzasadnienie do wyników kontroli, nie dołożyło w niniejszej sprawie należytej staranności w celu właściwego przeprowadzenia kontroli, arbitralnie przyjmując określone kwestie jako fakty mimo braku ich zweryfikowania. Zamawiający zwraca w tym zakresie uwagę również, że sam sposób prowadzenia kontroli przez UZP w niniejszej sprawie trudno uznać za pożądaną i właściwą. Zgodnie bowiem z założeniami ustawodawcy, kontrola uprzednia powinna zasadniczo trwać nie dłużej niż 14 dni (co podyktowane jest m. in. tym, że do kontroli uprzedniej przekazywane są właśnie takie postępowania jak niniejsze Postępowanie, gdzie termin realizacji zamówienia ma kluczowe znaczenie). Oczywiście, w toku kontroli uprzedniej UZP może zwracać się do Zamawiającego m. in. o przedstawienie wyjaśnień. Tym niemniej jednak trudno uznać za właściwe działanie takie, jakie miało miejsce w niniejszej sprawie. UZP bowiem zwracało się do Zamawiającego o wyjaśnienia trzykrotnie,

każdorazowo pod koniec zakładanego 14-dniowego terminu na zakończenie kontroli i, co kluczowe, kolejne pytania nie były powiązane z wcześniejszymi. UZP mogło w praktyce zadać wszystkie pytania w ramach pierwszego zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienia, ich zadanie jakkolwiek nie było powiązane bowiem z wcześniejszymi wyjaśnieniami Zamawiającego. Działanie UZP spowodowało zaś znaczne przesunięcie długości trwania kontroli uprzedniej, co w konsekwencji przekłada się w sposób istotny na sytuację Zamawiającego (a wręcz zagraża realizacji całego projektu). Konkludując, Zamawiający pragnie jedynie zauważyć, że nie tylko UZP, jak się zdaje, nie dołożyło należytej staranności w celu zapoznania się z całokształtem okoliczności wpływających na decyzję Zamawiającego o wyborze trybu postępowania, ale i swoim postępowaniem w toku samej prowadzonej kontroli realnie ograniczyło możliwy termin realizacji przez Zamawiającego planowanego zamówienia. Takie działanie trudno uznać za działanie właściwe, a wręcz, w ocenie Zamawiającego, wypacza ono sens kontroli uprzedniej i całego systemu zamówień publicznych.

Konkludując, sednem zastrzeżeń składanych przez Zamawiającego są następujące okoliczności:

- 1) UZP nie wzięło pod uwagę, że termin wszczęcia i przeprowadzenia Postępowania uzależniony był od opracowania dokumentacji projektowej (która wymagała uzgodnień wielu podmiotów, niezależnych od Zamawiającego), koniecznej do opisu przedmiotu zamówienia;*
- 2) Zamawiający następnego dnia po rozwiązaniu Kontraktu rozpoczął działania zmierzające do realizacji prac objętych pierwotnie Kontraktem a niezrealizowanych przez Wykonawcę i przez cały okres następujący po rozwiązaniu Kontraktu działał z należytą starannością, aby możliwie niezwłocznie te prace zakontraktować;*
- 3) Zamawiający wszczął Postępowanie niezwłocznie, jak było to możliwe i przeprowadził je w sposób bardzo efektywny, mając na uwadze pilność udzielenia zamówienia;*
- 4) Postępowanie zostało przeprowadzone tak szybko, jak to możliwe, z uwzględnieniem charakteru robót budowlanych nim objętych, a w szczególności zakresu dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcom;*
- 5) Prezentowane przez UZP założenia dotyczące rzekomo możliwej długości trwania postępowania o zakresie analogicznym jak Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w tym w szczególności dotyczące rzekomej możliwej skrócenia terminu składania ofert, mają charakter czysto teoretyczny i w zupełności pomijają realia rynkowe i charakter zamówienia objętego Postępowaniem, w tym w szczególności specjalistyczny charakter robót budowlanych oraz zakres dokumentacji objętej Postępowaniem (Postępowaniem były objęte roboty budowlane dla 57 obiektów, co przekładało się na tysiące stron dokumentacji), które uniemożliwiałyby skrócenie terminów w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego;*

- 6) UZP niewłaściwie nawiązuje w uzasadnieniu wyników kontroli do trybu przetargu nieograniczonego, podczas gdy z uwagi na konieczność przeprowadzenia negocjacji, uzasadnioną koniecznością wypracowania wspólnie z wykonawcami takich warunków realizacji zamówienia, które, po rozwiązaniu Kontraktu z Wykonawcą, zapewniłyby możliwie niezwłoczne ukończenie realizowanego przez Zamawiającego projektu, w istocie jedynym alternatywnym trybem postępowania, dostępnym Zamawiającemu, były sektorowe negocjacje z ogłoszeniem, których jednak nie udało się przeprowadzić we właściwym terminie;
- 7) W konsekwencji niemożliwe było zachowanie w niniejszej sprawie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 8) Istnieje pilna potrzeba realizacji zamówienia objętego Postępowaniem z uwagi na istniejącą pilną potrzebę zabezpieczenia Miasta Bydgoszczy przed skutkami opadów atmosferycznych, które w sposób realny zagrażają mieszkańcom i z powodu braku ukończenia zadania inwestycyjnego powodują, iż w przypadku gwałtownych lub długotrwałych opadów zalewane są domy, ulice i inne elementy infrastruktury miejskiej i prywatnej, a w konsekwencji i istnieje ryzyko zagrożeń dla życia i zdrowia mieszkańców, które mogą być np. spowodowane niemożliwością dojazdu karetki wskutek zalania ulic – realizacja inwestycji ma charakter strategiczny dla lokalnej społeczności;
- 9) Brak ukończenia robót budowlanych objętych Postępowaniem do końca listopada 2023 r. może spowodować utratę dofinansowania ze środków unijnych w wysokości 157 milionów złotych, a w konsekwencji i spowodować niemożność realizacji inwestycji o charakterze kluczowym dla Miasta Bydgoszczy i jego mieszkańców;
- 10) Zamawiający jest zamawiającym publicznym z dużym i wieloletnim doświadczeniem w realizacji projektów inwestycyjnych, w tym ze znacznym dofinansowaniem ze środków unijnych, którego działanie każdorazowo oparte było na obowiązujących przepisach prawa, również w niniejszym przypadku, gdy Zamawiający zdecydował się na wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia nie ze względu na wolę ograniczenia konkurencji (co potwierdza liczba podmiotów zaproszonych do negocjacji), ale w celu zapewnienia możliwości niezwłocznej realizacji inwestycji o charakterze kluczowym i pilnym;
- 11) Tryb negocjacji bez ogłoszenia przewidziany został właśnie na takie sytuacje, jak występująca w niniejszej sprawie, to jest sytuacji, w których bez winy zamawiającego publicznego doszło do zaistnienia konieczności pilnej realizacji określonych prac, przy czym przesłanki do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie mogą być interpretowane w taki sposób, jak czyni to UZP w niniejszej sprawie, które w praktyce wyłączają w ogóle dopuszczalność jego stosowania – tryb ten został bowiem przewidziany przez samego ustawodawcę i w związku z tym może i powinien być stosowany tam, gdzie zachodzą ku temu przesłanki.

Uwzględniając przedstawione wyżej zastrzeżenia, w ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie spełnione zostały przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia. W szczególności, zarówno zaistniała pilna potrzeba realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, jak i nie było możliwości dochowania terminów przewidzianych dla innych trybów. Przyjęcie przez UZP, że nie doszło do spełnienia tych przesłanek wynikało, jak szeroko opisano powyżej, z nieuwzględnienia przyczyn, dla których Postępowanie zostało wszczęte w lipcu 2022 r. i trwało dany czas, a w szczególności, z nieuwzględnienia, że dla potrzeb wszczęcia Postępowania niezbędne było wcześniejsze ukończenie prac projektowych dla robót budowlanych objętych następnie Postępowaniem, jak i że przy uwzględnieniu charakteru Postępowania sprzeczne z PZP, a co najmniej nieracjonalne, byłoby skrócenie terminu składania ofert. W ocenie Zamawiającego oczywistym jest, że złożone zastrzeżenia winny zostać uwzględnione. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby bowiem do wniosku, że w zasadzie w żadnej sytuacji nie można zastosować negocjacji bez ogłoszenia. Niewątpliwie zaś zachodzą sytuacje uzasadniające skorzystanie z tego trybu i niniejsza sytuacja jest jedną z nich. Zamawiający bowiem nie ze swojej winy znalazł się w sytuacji, w której zmuszony był niezwłocznie poszukiwać alternatywnych sposobów realizacji prac objętych uprzednio Kontraktem z Wykonawcą, po to, aby niezwłocznie zabezpieczyć ochronę żywotnych interesów swoich, a przede wszystkim Miasta Bydgoszczy i jego mieszkańców. Intencją Zamawiającego nie było bowiem, na co jasno wskazuje stan faktyczny niniejszej sprawy, ograniczenie konkurencji wskutek zastosowania określonego trybu postępowania, ale niezwłoczne przeprowadzenie działań mających na celu zapewnienie, w możliwie najszybszym terminie, ukończenia robót budowlanych objętych Postępowaniem, biorąc pod uwagę to, że z uwagi na charakter robót objętych Postępowaniem, ich pilna realizacja jest niezbędna w celu ochrony żywotnych interesów Miasta Bydgoszczy i mieszkańców, jak również z uwagi na kwestie ochrony środowiska oraz realne ryzyko wystąpienia szkody majątkowej zarówno w odniesieniu do mienia mieszkańców, jak i mienia publicznego. (...)

Prezes UZP w odpowiedzi z 29.12.2022 r. (znak: DKZP.WKZ4.440.118.2022.KC dot.: KU/118/22/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Prezes UZP podtrzymał w pełni argumentację przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli z dnia 08.12.2022 r. w zakresie naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 16 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważył, że w Informacji o wyniku kontroli z dnia 08.12.2022 r. Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie braku wykazania spełnienia przesłanek zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia oraz

braku możliwości zachowania terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Prezes UZP w stwierdzonym naruszeniu nie kwestionował wystąpienia przesłanek dotyczących potrzeby udzielenia zamówienia, która nie została spowodowana przez zamawiającego oraz wynika z przyczyn, których wcześniej nie można było przewidzieć. Podkreślił, że dla zastosowania do udzielenia zamówienia trybu negocjacji bez ogłoszenia zamawiający musi wykazać, iż: (1) zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia; (2) przyczyny pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie zostały spowodowane przez zamawiającego; (3) nie można było przewidzieć przyczyn udzielenia zamówienia; (4) nie można zachować terminów przewidzianych dla trybów pozwalających na zachowanie zasady konkurencyjności. Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek wykazania, iż w konkretnym stanie faktycznym powyższe przesłanki zostały spełnione łącznie.

W związku z powyższym zarzut Zamawiającego określony w pkt 4 zastrzeżeń, iż „(...) UZP w informacji o wynikach kontroli w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności przedstawionych w tym zakresie przez Zamawiającego, zupełnie je pomijając. Z treści uzasadnienia do wyników kontroli zdaje się wynikać, że w opinii UZP Zamawiający mógł wszcząć Postępowanie od razu po rozwiązaniu Kontraktu. Takie stanowisko w żadnej mierze nie może zostać uznane za uzasadnione, co Zamawiający szczegółowo wyjaśnił, a co nie zostało w ogóle wzięte pod uwagę przez UZP. Podkreślenia wymaga, że UZP nie tylko nie uwzględniło wskazanych w tym zakresie przez Zamawiającego wyjaśnień, ale i w żadnej mierze się do nich nie odniosło, a co za tym idzie arbitralnie przyjęło, że Zamawiający miał możliwość wcześniejszego wszczęcia Postępowania, w sytuacji gdy realnie nie było to możliwe z przyczyn szeroko omówionych w dotychczasowej korespondencji.”, uznał za niezasadny. Podobnie nie zgodził się z wnioskami Zamawiającego opisanymi w pkt 43, iż „(...) wcześniejsze uregulowanie sytuacji z podwykonawcami prac projektowych dla umożliwienia Zamawiającemu bezpiecznego kontynuowania procesu projektowego (a w konsekwencji i w dalszej kolejności realizacji robót budowlanych, których ten proces projektowy dotyczył) konieczne było z tego względu, że Zamawiający zobowiązany był działać w taki sposób, aby korzystać z dotychczas sporządzonych projektów bez ryzyka roszczeń ze strony projektantów w zakresie praw autorskich (z uwagi bowiem na brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawców przez Wykonawcę istniało ryzyko podnoszenia przez projektantów takich roszczeń również wobec Zamawiającego, co mogłoby na długi czas wstrzymać realizację całego projektu). Również z tego tytułu konieczne było po rozwiązaniu Kontraktu podjęcie przez Zamawiającego niejako w pierwszej kolejności działań zmierzających do osiągnięcia porozumienia z podwykonawcami Wykonawcy w zakresie prac projektowych tak, aby uniknąć ryzyka kwestionowania postępowania się rezultatami tych prac przez Zamawiającego dla kontynuowania inwestycji. W sytuacji bierności Wykonawcy

bezpośrednie porozumienie z projektantami było w praktyce niezbędne dla umożliwienia Zamawiającemu pełnego rozpoznania stanu istniejącego w momencie rozwiązania Kontraktu, a w konsekwencji i określenia zakresu prac pozostałych do wykonania oraz kontynuowania inwestycji.”

W tym miejscu zauważył bowiem, iż zgodnie z art. 605 ust. 3 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Natomiast zgodnie z art. 616 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zawierającej w szczególności informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. W związku z powyższym podkreślił, iż na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, Prezes UZP stwierdził naruszenie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wyłącznie poprzez brak spełnienia kumulatywnie wszystkich przesłanek niezbędnych do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. W uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli zostało wskazane uzasadnienie braku spełnienia 2 z 4 przesłanek. W konsekwencji zatem wniesione zastrzeżenia rozpatrywane mogą być wyłącznie w zakresie argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do przesłanek zakwestionowanych w informacji o wyniku kontroli.

W tym miejscu ponownie wskazał na treść art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, warunkującego możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przesłanka z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma zatem zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. Udzielenie zamówienia w tym trybie – co do zasady – powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. (Por. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis, komentarz do art. 209, Nb 5.). Zgodnie z powyższym przy zastosowaniu art. 209 ust. 1 pkt 4

ustawy Pzp konieczne jest kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek, a ponadto pomiędzy powyższymi warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego wskazujących, że *„Błędnie w niniejszej sprawie UZP zdiagnozował również, że brak było pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Do wniosku takiego UZP doszedł biorąc pod uwagę jedynie termin, jaki upłynął między rozwiązaniem Kontraktu a wyborem ofert w Postępowaniu, nie analizując w żadnej mierze, z jakich przyczyn Zamawiający nie wszczął i nie przeprowadził Postępowania wcześniej.”*, wskazał, iż pilność udzielenia zamówienia należy rozpatrywać w kontekście konieczności uniknięcia negatywnych konsekwencji, które wynikałyby z niepodjęcia stosownych działań w określonym czasie. W ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia dla wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Analizując związek czasowy pomiędzy poszczególnymi czynnościami Zamawiającego nie można uznać, że zakres zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia charakteryzował się pilną potrzebą zawarcia umowy. W związku z powyższym, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż *„(...) sam fakt upłynięcia określonego terminu między rozwiązaniem Kontraktu a przeprowadzeniem Postępowania nie jest równoznaczny z tym, że realizacja zamówienia nie miała charakteru pilnego.”*

Analizując podniesiony aspekt związku czasowego oraz przyczynowo skutkowego pomiędzy poszczególnymi warunkami udzielenia zamówienia, w szczególności w zakresie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia w trybie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazał co następuje. Podkreślił, iż w Informacji o wyniku kontroli nie została zakwestionowana zasadność działania Zamawiającego w okresie od powzięcia informacji o konieczności kontynuacji robót budowlanych do wyłonienia wykonawcy w zakresie podjętych czynności, począwszy od przeprowadzenia inwentaryzacji prac wykonawcy, po uzyskanie dokumentacji będącej w posiadaniu wykonawcy i jego kilkudziesięciu podwykonawców, uzyskanie uzgodnień od określonych organów, a w konsekwencji ukończenie prac projektowych dla zakresu robót budowlanych objętego postępowaniem. Zaznaczył, iż w ramach realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego od dnia podpisania umowy, tj. 30.10.2018 r. do dnia 29.11.2021 r., w którym doszło do rozwiązania Kontraktu na skutek złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od niego z winy Wykonawcy, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 28.11.2022 r. udzielonymi przez Zamawiającego w toku kontroli uprzedniej: *„(...) do momentu odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego zrealizowane zostały przez Wykonawcę roboty budowlane na 20 obiektach, jak również rozpoczęte zostały roboty budowlane na kolejnych 16 obiektach. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że równolegle realizowane były przez Wykonawcę prace projektowe. (...) Na dzień 16.11.2021 r. Wykonawca zgodnie z przekazanymi informacjami posiadał m.*

in. 95% wymaganych do pozyskania „uzgodnień” narady koordynacyjnej (tzw. „ZUDP”), jak również 98% niezbędnych mu uzgodnień ZDMiKP oraz 85% niezbędnych mu uzgodnień WGK, a także 45% wszystkich „zatwierdzeń” organu administracji architektoniczno-budowlanej (rozumianych jako pozyskanie pozwoleń na budowę/ złożenie zgłoszeń budowy). (...) Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zakresem postępowania prowadzonego obecnie objęta została część robót budowlanych objętych pierwotnie Kontraktem, która nie została zrealizowana przez Wykonawcę. (...) W obecnym Postępowaniu, jak wskazywano również w piśmie z dnia 09.11.2022 r., ujęto tę część robót budowlanych mających zostać pierwotnie zrealizowanymi w ramach Kontraktu, w odniesieniu do których ukończony został wyodrębniony wcześniej zakres prac projektowych (dotyczący obiektów, w odniesieniu do których prace te w momencie rozwiązania Kontraktu były już na wysokim poziomie zaawansowania oraz nadzwyczaj pilnych z uwagi np. na planowane równoległe w danym rejonie inwestycje miejskie). W ramach Postępowania, w zakresie wszystkich jego części, Zamawiający ujął roboty budowlane odnoszące się do 57 obiektów budowlanych.”. Ponadto, Zamawiający w ww. piśmie wyjaśnił, iż „(...) termin ukończenia prac dla całości Kontraktu oznaczony był na dzień 31.12.2020 r. Kontrakt (z zastrzeżeniem wyjątków dotyczących 3 obiektów) nie przewidywał pośrednich terminów realizacji poszczególnych robót budowlanych. Wykonawca zobowiązany był do realizacji całości robót budowlanych objętych Kontraktem do dnia 31.12.2020 r. (...) Jeszcze w pierwszej połowie listopada 2021 r., zaangażowanie wykonawcy w pozyskiwanie dokumentów formalno – prawnych niezbędnych do ukończenia realizacji kontraktu konsekwentnie wzrastało. Przykładowo, na przełomie trzech miesięcy poprzedzających rozwiązanie kontraktu widać było określony wzrost w odniesieniu do pozyskiwania przez wykonawcę zatwierdzeń Inżyniera Kontraktu (z 32% do 46%) oraz „zatwierdzeń” organu administracji architektoniczno – budowlanej (z 36% do 45%). Wykonawca posiadał już wówczas przeważającą większość uzgodnień narady koordynacyjnej, jak również uzgodnień takich jednostek jak Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej oraz Wydział Gospodarki Komunikacyjnej Urzędu Miasta Bydgoszczy.”.

Z powyższych wyjaśnień wynika zatem, że konsorcjum firm: IDS-BUD S.A. (lider), DIM Construction sp. z o.o. (partner) w okresie realizacji umowy od dnia 30.10.2018 r. do pierwotnego terminu realizacji całości robót budowlanych, tj. 31.12.2020 r., który następnie został przedłużony, aż do dnia 29.11.2021 r., wykonał roboty budowlane tylko na 20 obiektach oraz rozpoczął roboty budowlane na kolejnych 16 obiektach, równoległe realizując prace projektowe.

W konsekwencji analizując podniesioną przez Zamawiającego argumentację, iż: „(...) Z uwagi bowiem na konieczność rozwiązania Kontraktu zawartego z Wykonawcą, do wykonania pozostał w dalszym ciągu znaczny zakres robót budowlanych, które z uwagi na

żywotne interesy Miasta Bydgoszczy i mieszkańców, jak również kwestie ochrony środowiska oraz realne ryzyko wystąpienia szkody majątkowej zarówno w odniesieniu do mienia mieszkańców, jak i mienia publicznego, powinny być ukończone tak szybko, jak to możliwe. To właśnie te prace zostały objęte Postępowaniem. Ich niezwłocznie możliwe zakończenie kluczowe jest do adaptacji Miasta Bydgoszczy do zmian klimatycznych, a w konsekwencji i do uniknięcia realnych szkód w interesach podlegających ochronie, jak również niezbędne dla dokończenia realizowanego przez Zamawiającego projektu w zgodzie z wymaganiami zawartej przez Zamawiającego na jego realizację umowy o dofinansowanie.”, podkreślił, iż rozpatrując aspekt pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, Zamawiający powinien przeanalizować zakres prac niezrealizowanych przez pierwotnego wykonawcę i wyodrębnić do ewentualnego udzielenia w trybie negocjacji bez ogłoszenia wyłącznie te prace, którym z uwagi na niezbędność ich wykonania w celu zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia można przypisać walor pilności ich wykonania. Zamawiający natomiast w wyjaśnieniach przywołuje i posługuje się w celu uzasadnienia przesłanki pilnej potrzeby, zarówno zakresem robót zrealizowanych przez pierwotnego wykonawcę, jak i zakresem robót budowlanych, który pozostał w dalszym ciągu do wykonania, mimo przedłużenia terminu realizacji, co podważa atrybut pilności realizacji określonych robót budowlanych. Co więcej Zamawiający dokonując analizy wskazał w zastrzeżeniach, iż: „Bez realizacji Projektu do końca 2023 roku, w perspektywie kilkuletniej zalane zostanie 3,5 tys. budynków i 77 km ulic - częściowa wartość szkód (w odniesieniu do szkód poddających się wycenie) prognozowana jest na kwotę ok. 475 mln zł (są to dane ze studium wykonalności, przygotowywanego przed rozpoczęciem realizacji projektu, a więc na chwilę obecną należałoby się spodziewać, że końcowa wartość szkód będzie wyższa). Zamawiającemu grozi również bezpowrotna utrata dofinansowania z NFOŚiGW w wysokości ok. 154 mln zł - co uniemożliwi realizację projektu o charakterze kluczowym dla lokalnej społeczności.”. Tym samym Zamawiający uzasadnia, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynika z założonego przez niego zakończenia Projektu w wyznaczonym uprzednio przez umowę o dofinansowanie projektu terminie, przy jednoczesnym wskazaniu konsekwencji braku jego realizacji w kilkuletniej perspektywie, co nie wskazuje jednoznacznie na pilność udzielenia tego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe oraz kwestie wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu przesłanki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, tj. że pilne wykonanie zamówienia jest kluczowe dla uniknięcia konsekwencji negatywnych zjawisk atmosferycznych, w tym zneutralizowania ryzyka związanego z występowaniem podtopień i powodzi w przypadku wystąpienia deszczy nawalnych, co w konsekwencji poprawi bezpieczeństwo mieszkańców, czy też zminimalizowania negatywnych konsekwencji występujących suszy (umożliwienie retencjonowania wody opadowej) oraz minimalizowania

szkód finansowych związanych z wystąpieniem tych zjawisk, podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany był kierować się wolą jak najszybszego ukończenia inwestycji przez cały okres realizacji pierwotnego kontraktu. Takie bowiem działanie w pierwszej kolejności uchroniłoby zamawiającego oraz mieszkańców miasta od wystąpienia ewentualnych negatywnych zjawisk, jakie wskazywane są przez zamawiającego jako uzasadnienie do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Odnosząc się jednocześnie do podnoszonych kwestii, iż: *„Niezwłoczna realizacja robót budowlanych objętych Postępowaniem pozwoli również na uniknięcie szkody w budżecie Zamawiającego, będącego spółką komunalną, którego jedynym wspólnikiem pozostaje Miasto Bydgoszcz, która mogłaby powstać w sytuacji braku realizacji tych prac w terminie pozwalającym na kwalifikowanie wydatków w związku z zawartą przez Zamawiającego umową o dofinansowanie projektu. Zamawiający wskazuje w tym kontekście, że z roboty budowlane objęte Postępowaniem realizowane są w ramach projektu dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. Zgodnie z treścią rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, wydatki kwalifikują się do otrzymania wkładu z Funduszu Spójności, jeżeli zostały poniesione do końca 2023 r.”* wskazał, co następuje.

Pzp nie definiuje pojęcia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Na gruncie komentowanego przepisu jest to w szczególności konieczność ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, który może doznać szkody w przypadku opóźnienia w udzieleniu zamówienia publicznego. Jako interes taki można uznać np. ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo. (H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 637 https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf). Przedstawiana przez zamawiającego argumentacja, iż pilność potrzeby udzielenia zamówienia wynika głównie z terminu kwalifikacji wydatków do otrzymania wkładu z Funduszu Spójności w terminie do końca 2023 r., co w przypadku braku realizacji robót objętych kontrolowanym zamówieniem będzie miało również konsekwencje w postaci szkody w budżecie zamawiającego, nie może stanowić uzasadnienia dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Podkreślił bowiem, że zagrożenie niedotrzymania terminów

określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi interesu w powyżej wskazanym rozumieniu. Potwierdzeniem dla tego stanowiska jest orzecznictwo sądowno-administracyjne odnoszące się do tego zagadnienia, zgodnie z którym zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi podstawy do zastosowania trybów niekonkurencyjnych. Przykładowo można wskazać w tym miejscu na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z którym ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia w jednym z trybów niekonkurencyjnych, tj. z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08, Lex 507731).

W kontekście zatem przywoływanych przez Zamawiającego argumentów związanych ze znacznym zakresem robót budowlanych pozostających w dalszym ciągu do wykonania, jak również z możliwością utraty dofinansowania dla tego projektu nie sposób odnieść wrażenia, że w kontekście niskiego poziomu wykonania pierwotnie zawartej w 2018 r., a następnie aneksowanej umowy, jak również uwzględniając zbliżający się termin zakończenia perspektywy finansowej i konieczność rozliczenia projektu, argumenty te stanowią główne uzasadnienie dla pilnej potrzeby udzielenia kontrolowanego zamówienia.

Ponadto, poza spełnieniem pozostałych przesłanek określonych w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ma obowiązek dokonać analizy, czy przy uwzględnieniu możliwości skrócenia minimalnych terminów składania ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, w danym stanie faktycznym, nie jest realne przeprowadzenie postępowania w bardziej konkurencyjnych trybach. W sytuacji powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, w postępowaniach o udzielenie zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone na podstawie przepisów wydanych w oparciu o art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, w szczególności należy wziąć pod uwagę możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze skróceniem, na podstawie art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, 35-dniowego terminu składania ofert do 15 dni.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanego stanu faktycznego, zgodził się z Zamawiającym, iż „(...) *niezasadny jest zarzut UZP, jakoby Zamawiający mógł skorzystać z trybu przetargu nieograniczonego i skrócić Postępowanie poprzez zastosowanie określonego w art. 138 ust. 2 skróconego terminu składania ofert.*”. Stwierdził, że zamawiający uzasadniając pilną potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia był uprawniony do zastosowania powyżej opisanej procedury przyśpieszonej w trybie przetargu nieograniczonego, wszczynając postępowanie niezwłocznie po zakończeniu czynności polegających na m.in. dokonaniu inwentaryzacji prac oraz pozostałych niezbędnych

czynności. Podkreślił, że po przeprowadzeniu negocjacji zamawiający wyznaczył w zaproszeniu do składania ofert 21-dniowy termin do ich składania, który ostatecznie został wydłużony do łącznie 35 dni. Jednocześnie, odnosząc się do stanowiska przedstawionego przez zamawiającego ponownie wskazał, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania i wynikającego z tego faktu wykazywania braku możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem

Odnosząc się do rozważań Zamawiającego, iż: „(...) można stwierdzić, że w przypadku przeprowadzenia Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze skróceniem terminu składania ofert, takie postępowanie zostałoby zakwestionowane przez wykonawców - nie dałoby by im ono bowiem możliwości odpowiedniego przygotowania się do złożenia oferty, co w konsekwencji spowodowałoby znaczne wydłużenie całego postępowania (pomijając przy tym takie aspekty, jak to, że w przypadku skrócenia terminu składania ofert zamawiający mógłby pozyskać oferty znacznie zawyżone, wykonawcy uwzględnialiby bowiem maksymalne możliwe koszty realizacji danego zamówienia w sytuacji niemożności realnego pozyskania w krótkim terminie rzeczywistych ofert od swoich dostawców, co doprowadziłoby do niegospodarnego dysponowania środkami przez Zamawiającego).”, podkreślił, iż z uwagi na aktualną sytuację rynkową, Zamawiający pomimo zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w zakresie części 1 i 3 otrzymał oferty, których cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający podjął decyzję o konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli uprzedniej przy piśmie z dnia 09.11.2022 r. wynika, że: „(...) unieważnienie postępowania było koniecznością, której Zamawiający nie mógł uniknąć z uwagi na drastycznie wysokie ceny ofert otrzymanych w postępowaniu dla części 1 i 3. Jak wynika z kopii załączonych informacji o unieważnieniu postępowania ceny najniższych ofert przekraczały ponad dwukrotnie (a w jednym przypadku nawet ponad trzykrotnie), kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie wskazanych części zamówienia. Zamawiający, po dogłębnej analizie sytuacji, doszedł do wniosku, że na dany moment nie było możliwe zwiększenie kwot przeznaczonych na sfinansowanie wskazanych części zamówienia do cen najniższych ofert. Decyzja o unieważnieniu postępowania prowadzonego w tym zakresie, w sytuacji niewątpliwej pilności realizacji prac nim objętych, była decyzją trudną, niemniej jednak niemożliwą do uniknięcia. Obecna ogólna sytuacja gospodarcza powoduje niestety dużą rezerwę po stronie wykonawców, którzy, niezależnie od stosowanych (również przez Zamawiającego) mechanizmów mających na celu waloryzację wynagrodzenia należnego

wykonawcom umów o zamówienie publiczne w przypadku wzrostu po ich stronie cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia, uznają obecnie realizowanie umów o roboty budowlane za działanie obciążone dużym ryzykiem z uwagi na nieprzewidywalność cen surowców czy dostępności określonych dostaw. Ryzyko to wykonawcy uwzględniają składając oferty, co przekłada się niestety na ich zdecydowanie wyższe ceny. Spowodowało to w konsekwencji otrzymanie przez Zamawiającego ofert z cenami, które znacznie przekraczały przyjęte założenia, czego Zamawiający nie był w stanie przewidzieć, gdyż obecna sytuacja na rynku robót budowlanych jest niebywale dynamiczna. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, że mimo unieważnienia postępowania prowadzonego w zakresie części 1 i części 3, w dalszym ciągu planuje kontynuację realizowanego przez siebie projektu. W dalszym ciągu bowiem zachodzi konieczność pilnego podjęcia działań zmierzających do zabezpieczenia Miasta Bydgoszczy przed negatywnymi skutkami zmian klimatycznych oraz osiągnięcia celów opisanych szczegółowo w przedstawionym Urzędowi Zamówień Publicznych uzasadnieniu dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.”.

Zatem analizując zaprezentowaną przez Zamawiającego argumentację dotyczącą ekonomicznego aspektu unieważnienia postępowania zauważył, iż z faktu rozpisania kolejnej procedury na ten sam przedmiot zamówienia nie oznacza wprost, że Zamawiający w kolejnej procedurze będzie w stanie uzyskać oferty korzystniejsze oraz takie, w odniesieniu do których nie będzie materializowała się przesłanka do unieważnienia postępowania, oraz które będą uwzględniały termin realizacji przedmiotu zamówienia przypadający na koniec 2023 r. Ponadto, odnosząc się do stwierdzenia, że Zamawiający w „dalszym ciągu planuje kontynuację realizowanego przez siebie projektu” stwierdził, iż: w zakresie części 1 i 3, mając na uwadze okoliczności, iż:

- charakter przedmiotu zamówienia składający się na zakres części nr 2 i 4, w której Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jak i zakres unieważnionych części nr 1 i 3 (Zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia w tych częściach) jest taki sam,

- dla całego zakresu zamówienia sporządzane zostało jedno wspólne uzasadnienie dla zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia;

podważają one wystąpienie przesłanki pilnej potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Zauważyć bowiem należy, iż części nr 1 i 3 zamówienia, tj. w unieważnionym zakresie, także były uzasadniane przez Zamawiającego pilną potrzebą udzielenia zamówienia oraz ochroną interesów wskazanych w uzasadnieniu trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Odnosząc się do stwierdzenia, że: „(...) zastosowanie w niniejszej sprawie trybu negocjacji bez ogłoszenia w miejsce trybu przetargowego, było korzystne również z uwagi na konieczność przeprowadzenia z wykonawcami negocjacji w miejsce odgórznego przygotowania SWZ przez Zamawiającego. Takie działanie umożliwiło rozpoznanie

oczekiwań i wątpliwości wykonawców, opracowanie razem z nimi takiego sposobu realizacji zamówienia publicznego, który pozwoli na możliwie najszybsze jego ukończenie, a w konsekwencji - i na ograniczenie ryzyk związanych z ewentualnym wydłużeniem terminu realizacji zamówienia na etapie jego realizacji.”, należy podkreślić, że SWZ jest opracowywana na etapie przygotowania postępowania, a jej treść jest udostępniana od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE. W przetargu nieograniczonym nie są dozwolone negocjacje, w wyniku których zamawiający precyzuje SWZ, dlatego też zamawiający powinien już na początku postępowania wyczerpująco i precyzyjnie przedstawić wykonawcy wszystkie warunki zamówienia. Dopuszczalne zmiany i wyjaśnienia SWZ nie powinny być regułą, a raczej możliwością zarezerwowaną na sytuacje wyjątkowe. Należyte opisanie w SWZ warunków zamówienia zwiększa prawdopodobieństwo wyboru oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a dobrze zaprojektowane postanowienia umowy stanowiące część SWZ sprzyjają należytemu wykonaniu umowy nawet w niesprzyjających okolicznościach. (H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 482 https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf)

Mając na uwadze, iż SWZ jest kluczowym dokumentem zamówienia i wszystkie warunki zamówienia powinny być precyzyjnie i wyczerpująco opisane, aby wykonawca mógł w oparciu o ww. dokument przygotować ofertę, należy wskazać, iż Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego mógł skorzystać z przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 84 ust. 3 ustawy Pzp prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że nie powoduje to zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Wobec tego, że konsultacje w praktyce będą dotyczyć raczej bardziej skomplikowanych czy innowacyjnych zamówień, zamawiający dla pełniejszego skorzystania z konsultacji powinni mieć również możliwość skorzystania z wiedzy eksperckiej. Dlatego ustawodawca przewidział, że zamawiający, prowadząc konsultacje, może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Podkreślił, iż ustawodawca, używając zwrotu „w szczególności”, wskazał, że nie jest to zamknięty katalog rodzajów doradztwa (i podmiotów doradzających) dostępnych zamawiającym. Podkreślił również, iż ustawodawca przewiduje, że doradztwo to może być również następnie (kontynuacja wiedzy z etapu konsultacji) wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub

przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia. (H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 287 https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf)

Podkreślił przy tym, iż Zamawiający nie stosując wstępnych konsultacji rynkowych przed wszczęciem niniejszego postępowania, nie jest w stanie jednoznacznie wykazać, iż „(...) wstępne konsultacje rynkowe (art. 84 p.z.p.) nie stanowią równoważnej alternatywy dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacyjnym, bowiem wykonawcy w trakcie tych konsultacji nie przejawiają aż takiego zaangażowania jak w przypadku negocjacji, do których zostali oficjalnie zaproszeni w ramach już ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. Ponadto podkreślił, iż każdorazowo, w razie wystąpienia po stronie wykonawców wątpliwości co do treści SWZ, mają oni możliwość zadawania pytań do jej treści. W świetle powyższego nie uznał, aby zastosowanie w pełni konkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia w jakikolwiek sposób uniemożliwiło złożenie ofert odpowiadających warunkom zamówienia.

Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż Zamawiający przy przeprowadzaniu przedmiotowego postępowania nie tylko nie wykazał, ale też poprzez swoje działania wysoce nie uprawdopodobnił braku możliwości zachowania terminów dla ww. trybów otwartych na konkurencję. Podkreślił, iż pilność udzielenia zamówienia powinna być analizowana w kontekście zarówno braku możliwości zachowania terminów przewidzianych dla trybu podstawowego, w tym minimalnych terminów na składanie ofert, jak i zakresu prac, które zamawiający zamierzał zlecić wykonawcy do pilnego wykonania. Natomiast wskazany długi okres od powzięcia informacji o konieczności dokończenia robót budowlanych do dnia wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia i wyboru wykonawcy w części 2 i 4 nie potwierdzają tego, aby potrzeba udzielenia zamówienia miała charakter pilny. Tym samym, Zamawiający nie wykazał łącznego spełniania wszystkich wymaganych przesłanek do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, co w konsekwencji stanowi, mające wpływ na wynik kontrolowanego postępowania, naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie, że zgodnie z art. 610 ust. 2 ustawy Pzp zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że dla zastosowania do udzielenia zamówienia trybu negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający musi wykazać, iż:

- (1) zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- (2) przyczyny pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie zostały spowodowane przez zamawiającego;
- (3) nie można było przewidzieć przyczyn udzielenia zamówienia;
- (4) nie można zachować terminów przewidzianych dla trybów pozwalających na zachowanie zasady konkurencyjności. Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek wykazania, iż w konkretnym stanie faktycznym powyższe przesłanki zostały spełnione łącznie.

W przedmiotowej sprawie stwierdzono naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie braku wykazania spełnienia przesłanek zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia oraz braku możliwości zachowania terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, czyli w zakresie 2 z 4 przywołanych powyżej przesłanek. Nie kwestionowano w stwierdzonym naruszeniu wystąpienia przesłanek dotyczących potrzeby udzielenia zamówienia, która nie została spowodowana przez Zamawiającego oraz wynika z przyczyn, których wcześniej nie można było przewidzieć. W konsekwencji Izba nie odnosiła się do tej części zastrzeżeń, która zawierała argumentację w tym zakresie.

W ocenie Izby, Zamawiający był niekonsekwentny w swoich działaniach. Z jednej bowiem strony próbował wykazywać pilność realizacji zamówienia, z drugiej w ogóle nie rozważył możliwości zastosowania jednej z procedur podstawowych przy zastosowaniu terminów skróconych. Uważał a priori że tryb negocjacji bez ogłoszenia był optymalny. Jednakże, nie wykazał skutecznie, że nie mógł przeprowadzić postępowania w jednym z trybów podstawowych przy zastosowaniu terminów skróconych. Wręcz przeciwnie z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że taka możliwość realnie istniała przy zastosowaniu terminów skróconych. Jak wskazuje się w doktrynie: „(...) *Możliwość skrócenia terminów na złożenie wniosków lub ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Pilność udzielenia zamówienia powinna być oceniana przez pryzmat braku możliwości zachowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Należy przy tym zauważyć, że wszystkie te*

tryby pozwalają na skrócenie minimalnych terminów na złożenie wniosków lub ofert właśnie z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia (przetarg nieograniczony - art. 138 ust. 2 pkt 2 PZP, przetarg ograniczony - art. 144 ust. 2 i art. 151 ust. 2 pkt 2 PZP, negocjacje z ogłoszeniem - art. 162 ust. 2 pkt 2 PZP). Zatem tryb negocjacji bez ogłoszenia będzie mógł być zastosowany, jeśli w danym przypadku nie ma możliwości udzielenia zamówienia z zachowaniem skróconych terminów właściwych dla poszczególnych trybów, o których mowa w komentowanym przepisie. (...)” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 567-568).

Stanowisko Zamawiającego, że w tych okolicznościach sprawy tryb podstawowy może negatywnie wpłynąć na konkurencję, spowodować mniejszą ilość ofert, jak i wywołać liczne pytania i konieczność i tak wydłużenia terminu składania ofert bazuje na jego uznaniowej ocenie. Tryb negocjacji bez ogłoszenia nie uchronił w żaden sposób Zamawiającego przed tymi pytaniami i wydłużeniem terminu składania ofert. Wbrew więc założeniom Zamawiającego negocjacje bez ogłoszenia nie pozwoliły usunąć wątpliwości Wykonawców.

Nadto, generalnie rozumiejąc sytuację i zaangażowanie Zamawiającego po tym, jak Wykonawca, który realizował pierwotny kontrakt ogłosił upadłość i zaistniała konieczność podjęcia szeregu prac m.in. inwentaryzacji – w tym licznych projektowych, to trzeba uznać stanowisko Prezesa UZP, który w odpowiedzi na zastrzeżenia stwierdził, że należało ustalić, tym bardziej że okres od ogłoszenia upadłości i powzięcia informacji o konieczności kontynuacji robót budowlanych do wyłonienia nowego Wykonawcy był niemały, co jest szczególnie pilne, a co niekonieczne, tym bardziej, że tak duże było zaangażowanie i poświęcenie pracowników Zamawiającego, jak wskazano w zastrzeżeniach.

Należy też uznać stanowisko Prezesa UZP, że niewątpliwie obawa utraty środków była motywem przewodnim w działaniu Zamawiającego, lecz był w tym zakresie niekonsekwentny w tych działaniach. Izba podzielił generalnie stanowisko wynikające z przytoczonego przez Prezesa UP orzecznictwa, że to niebezpieczeństwo – utraty środków, samo w sobie nie uzasadnia pilności.

Dodatkowo, co należy podkreślić, ten brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego podważa pilność, jako taką, ale także upływ czasu do wszczęcia postępowania i wyłonienia nowego Wykonawcy oraz zakres prac uznanych za pilny, tj. wszystko. Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia stwierdził, że: „(...) *Zamawiający natomiast w wyjaśnieniach przywołuje i posługuje się w celu uzasadnienia przestanki pilnej potrzeby, zarówno zakresem robót zrealizowanych przez pierwotnego wykonawcę, jak i zakresem robót budowlanych, który pozostał w dalszym ciągu do wykonania, mimo*

przedłużenia terminu realizacji, co podważa atrybut pilności realizacji określonych robót budowlanych. Co więcej Zamawiający dokonując analizy wskazał w zastrzeżeniach, iż „Bez realizacji Projektu do końca 2023 roku, w perspektywie kilkuletniej zalane zostanie 3,5 tys. budynków i 77 km ulic - częściowa wartość szkód (w odniesieniu do szkód poddających się wycenie) prognozowana jest na kwotę ok. 475 mln zł (są to dane ze studium wykonalności, przygotowywanego przed rozpoczęciem realizacji projektu, a więc na chwilę obecną należałoby się spodziewać, że końcowa wartość szkód będzie wyższa). Zamawiającemu grozi również bezpowrotna utrata dofinansowania z NFOŚiGW w wysokości ok. 154 mln zł - co uniemożliwi realizację projektu o charakterze kluczowym dla lokalnej społeczności.”. Tym samym Zamawiający uzasadnia, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynika z założonego przez niego zakończenia Projektu w wyznaczonym uprzednio przez umowę o dofinansowanie projektu terminie, przy jednoczesnym wskazaniu konsekwencji braku jego realizacji w kilkuletniej perspektywie, co nie wskazuje jednoznacznie na pilność udzielenia tego zamówienia. (...).”

Nadto, jak wynika z zastrzeżeń kwestia wzrostu cen, jak i sytuacja na rynku także wpłynęła na to, że wybrano oferty w cz. 2 i 4, a w 1 i 3 unieważniono postępowanie. Nie ma żadnej gwarancji Zamawiający, że otrzyma oferty konkurencyjne pod względem cenowym w nowej procedurze względem poprzedniej.

Poza tym, Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia stwierdził także, że: „(...) Zamawiający w „dalszym ciągu planuje kontynuację realizowanego przez siebie projektu” stwierdzić należy, iż: w zakresie części 1 i 3, mając na uwadze okoliczności, iż:

- charakter przedmiotu zamówienia składający się na zakres części nr 2 i 4, w której Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jak i zakres unieważnionych części nr 1 i 3 (Zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia w tych częściach) jest taki sam,

- dla całego zakresu zamówienia sporządzane zostało jedno wspólne uzasadnienie dla zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia;

podważają one wystąpienie przesłanki pilnej potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Zauważyć bowiem należy, iż części nr 1 i 3 zamówienia, tj. w unieważnionym zakresie, także były uzasadniane przez Zamawiającego pilną potrzebą udzielenia zamówienia oraz ochroną interesów wskazanych w uzasadnieniu trybu negocjacji bez ogłoszenia. (...).” W ocenie Izby takie stanowisko jest zasadne i wymaga uwzględnienia przez Zamawiającego w jego działaniach.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....