

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 8 marca 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 7 lutego 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego **Wrocław 2012 Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, al. Śląska 1, 54-118 Wrocław**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31 stycznia 2014 r., (znak: UZP/DKD/WKZ/421/1(3)/14/GM, KNZ/1/14/DKD) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę (wraz z instalacją) serwera stadionowego CPD (centrum przechowywania danych) oraz centrali telefonicznej, stanowiących integralną część systemu teleinformatycznego na potrzeby budowy nowego stadionu przy al. Śląskiej 1 we Wrocławiu”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Daniel Konicz

Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego zostają uwzględnione.**

**Uzasadnienie**

16.01.2010 r. zamawiający zawarł umowę nr 1/STADION WROCŁAW/2010 z konsorcjum podmiotów: Max Bögl Polska Sp. z o.o. i Max Bögl Bauunternehmung GmbH&Co. KG, zwanym dalej **konsorcjum**. Przedmiotem umowy było kontynuowanie budowy stadionu we Wrocławiu wraz z wykonaniem projektów wykonawczych z terminem wykonania umowy do 30 czerwca 2011 r. Umowa miała charakter ryczałtowy i obejmowała, zdaniem zamawiającego, swoim zakresem również dostawę (wraz z instalacją) serwera stadionowego CPD (centrum przechowywania danych) oraz centrali telefonicznej, stanowiących integralną część systemu teleinformatycznego, zwanego dalej w skrócie **sprzętem (CPD i centrala telefoniczna)**.

W trakcie wykonywania umowy z 16.01.2010 r. zamawiający uzyskał od konsorcjum informację, że konsorcjum nie zamierza wykonać dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) bez dodatkowej zapłaty. W związku z tą informacją zamawiający w lipcu 2011 r. przeprowadził badanie rynku w celu ustalenia możliwości zamówienia sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) od innego wykonawcy niż konsorcjum. Ponadto zamawiający stwierdził, że dopiero w czerwcu 2011 r. otrzymał od konsorcjum dokumentację, na której podstawie mógł sporządzić opis przedmiotu zamówienia dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna).

Na stadionie miały odbyć się prestiżowe imprezy masowe (m. in. walka Adamek-Kliczko 10.09.2011 r. oraz koncert Georga Michaela, który zaplanowano na 17.09.2011 r.). Terminy tych imprez zostały wyznaczone z uwzględnieniem sytuacji, w której sprzęt (CPD i centrala telefoniczna) powinien zostać dostarczony do 30.06.2011 r. przez konsorcjum zgodnie z warunkami zakończenia realizowanej inwestycji określonymi w umowie z 16.01.2010 r.

Zamawiający stwierdził, że w zaistniałych okolicznościach wystąpiła sytuacja, w której brak było możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Dodatkowo zamawiający podniósł, iż niedostarczenie sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w ww. terminie uniemożliwiłoby otwarcie stadionu, a tym samym skutkowałoby odwołaniem zaplanowanych na wrzesień imprez, co z kolei wiązałoby się dla zamawiającego ze stratą finansową znacznych rozmiarów.

W lipcu 2011 r. w wyniku dokonanego rozpoznania rynku zamawiający stwierdził, że w czerwcu 2011 r. konsorcjum prowadziło negocjacje dotyczące dostawy wymienionego sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) z wykonawcą **T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**. Wykonawca ten już nawet zamówił sprzęt (CPD i centrala telefoniczna). Zamawiający wyjaśnił, że negocjacje między konsorcjum i spółką T-Systems zostały przerwane, kiedy zamawiający odmówił konsorcjum dodatkowej zapłaty za dostarczenie sprzętu (CPD i centrala telefoniczna).

Zamawiający argumentował, że zamówienie, wytworzenie, dostawa i instalacja sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) musiała trwać co najmniej 10 tygodni, ponadto sprzęt (CPD i

centrala telefoniczna) musiał zostać zainstalowany przynajmniej na 21 dni przed pierwszą imprezą z udziałem wielotysięcznej widowni, która to impreza była zaplanowana na 10.09.2011 r. Dlatego zamawiający powinien był zawrzeć umowę na dostawę i instalację sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) na około 13 tygodni, czyli 3 miesiące przed 10.09.2011 r.

Również zamawiający wyjaśnił, że sprzęt (CPD i centrala telefoniczna) był niezbędny do przeprowadzenia imprez widowiskowych (pojedynek bokserski o mistrzostwo świata Adamek-Kliczko – 10.09.2011 r., koncert Georga Michaela – 17.09.2011 r. dla odpowiednio 30 000 i 40 000 widzów), gdyż umożliwiał właściwą komunikację na rozległym obiekcie stadionu oraz przechowywanie danych z wielu programów i aplikacji zainstalowanych w obiekcie.

W związku z powyższym, według zamawiającego, wystąpiła sytuacja, w której brak było możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Dodatkowo zamawiający podniósł, że niedostarczenie sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) we właściwym terminie uniemożliwiłoby otwarcie stadionu, a tym samym skutkowałoby odwołaniem zaplanowanych na wrzesień imprez, co z kolei wiązałoby się dla zamawiającego ze stratą finansową znacznych rozmiarów. Natomiast terminy ww. imprez zostały zaplanowane znacznie wcześniej na podstawie umownego terminu wykonania zamówienia, który wynikał z umowy zawartej 16.01.2010 r. z konsorcjum.

Zamawiający wskazał, że niemożliwe było wcześniejsze udzielenie zamówienia na dostawę wraz z instalacją sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) innemu wykonawcy niż konsorcjum, gdyż do 1 lipca 2011 r. zamawiający oczekiwał na realizację umownych zobowiązań konsorcjum. Zamawiający w tym czasie prowadził negocjacje z konsorcjum, a sam fakt ich prowadzenia stwarzał podstawy do sądenia, że konsorcjum jednak dostarczy sprzęt (CPD i centrala telefoniczna), szczególnie, że w niektórych przypadkach negocjacje dały w efekcie, pożądanę przez zamawiającego, częściowe wykonanie zamówienia. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że przed terminem zakończenia inwestycji, określonym w umowie zawartej z konsorcjum, nie było ono w zwłoce, stąd zamawiający nie miał możliwości skorzystania z wykonania zastępczego ani z możliwości udzielenia zamówienia innemu wykonawcy.

Dodatkowo zamawiający podniósł, że brak dostarczenia wskazanych elementów sieci teleinformatycznej oraz związane z tym opóźnienia w dokończeniu budowy i uruchomieniu stadionu wraz z instalacjami IT i systemami bezpieczeństwa skutkowałyby dotkliwymi konsekwencjami dla zamawiającego, które mogły nawet doprowadzić do rezygnacji z organizacji zaplanowanych we Wrocławiu meczów piłkarskich turnieju EURO 2012, co w efekcie powodowałoby konieczność zwrotu rządowych dotacji na budowę stadionu w wysokości 110 mln zł.

Zamawiający 29 lipca 2011 r. przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późniejszymi zmianami [pisownia oryginalna – skład Izby]). W

rzeczywistości postępowanie było prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie **Pzp**; skład Izby stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie niewłaściwe podanie miejsca publikacji ustawy nie miało wpływu na postępowanie zamówieniowe ani na postępowanie kontrolne.

Zamawiający wskazał na istnienie bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego między odmową wykonania rzeczowych dostaw przez konsorcjum i koniecznością ich zrealizowania i zainstalowania w określonym terminie, co – w opinii zamawiającego – stanowiło okoliczność uzasadniającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

03.08.2011 r. zamawiający zawarł umowę nr 01/08/W2012/2011 z wykonawcą T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przedmiotem wskazanej umowy była sprzedaż sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) oraz instalacji sieciowych oprogramowania o wartości 7 995 000,00 zł brutto. Ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31.08.2011 r. pod nrem 2011/S 166-273635.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem Urzędu), działając na podstawie art. 165 ust. 1 Pzp wszczął 14.01.2014 r. kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę (wraz z instalacją) serwera stadionowego CPD (centrum przechowywania danych) oraz centrali telefonicznej, stanowiących integralną część systemu teleinformatycznego na potrzeby budowy nowego stadionu przy Al. Śląskiej 1 we Wrocławiu” dotyczącą legalności wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

#### **Prezes Urzędu zważył, co następuje:**

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego; norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 7, str. 132). Przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne, a w rozpoznawanej sprawie – na zamawiającym).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) będzie mieć miejsce wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie będą leżeć po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie będzie mógł przewidzieć,
- d) wymagane będzie natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie będzie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Ponadto pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do kontrolowanego zamówienia.

Zdaniem kontrolującego, zamawiający nie wykazał, że zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć, a aspekt wyjątkowości należy przypisywać, zgodnie z regułą ścisłej interpretacji wyjątków, jedynie wydarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności sytuacjom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które implikują potrzebę podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji, czy określonej dysfunkcji. Zamawiający może przy użyciu dostępnych środków ekonomicznych i prawnych (np. przez szczegółowy wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz odpowiednie postanowienia umowy) zminimalizować ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk, takich jak np. spory stron umowy odnośnie wykonania zamówienia, bądź jego elementów. Jeśli jednak – jak w badanym stanie faktycznym – do takiego zdarzenia dojdzie, nie sposób potraktować takiej sytuacji jako obiektywnie nadzwyczajnej.

Dalej kontrolujący wskazał na brak możliwości uznania okoliczności stanu faktycznego sprawy, jako sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Zamawiający oczekiwał na realizację umownych zobowiązań konsorcjum z uwagi na prowadzone przez zamawiającego negocjacje z konsorcjum, a sam fakt prowadzenia tych negocjacji stwarzał – w ocenie zamawiającego – podstawy do uznania, że konsorcjum jednak dostarczy sprzęt (CPD i centrala telefoniczna). Ponadto przed terminem zakończenia inwestycji, określonym w umowie zawartej z konsorcjum, nie było ono w zwłoce. Kwestia sporna dotycząca realizacji zobowiązań umownych m.in. w zakresie przedmiotu zamówienia objętego kontrolą, rozstrzygana była między zamawiającym a konsorcjum co najmniej od listopada 2010 r. (pismo konsorcjum z 02.11.2010 r.). Ponadto w styczniu 2010 r. (pismo konsorcjum z 27.01.2011 r.) konsorcjum podtrzymało stanowisko wyrażone 02.11.2010 r., zgodnie z którym to pismem wykonanie instalacji telefonicznej nie znajdowało się w zakresie świadczeń objętych zawartym kontraktem i

jednocześnie konsorcjum wyraziło zainteresowanie realizacją ww. zakresu prac za dodatkową opłatą.

Konieczność zapewnienia ww. dostaw znana była zamawiającemu znacznie wcześniej niż 30.06.2011 r., co jednocześnie przeczy twierdzeniu zamawiającego, zgodnie z którym to twierdzeniem, zamawiający nie mógł przewidzieć niewykonania ww. dostaw przez konsorcjum do momentu zakończenia terminu realizacji inwestycji określonego w kontrakcie. Konsorcjum informowało zamawiającego w kwietniu 2011 r. (pismo z dnia 13.04.2011 r.), że dostawa sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) nie jest możliwa bez dodatkowego wynagrodzenia. Dlatego sytuacja nie stanowiła okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, aby wyłonić dostawcę sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w procedurze konkurencyjnej wobec jednoznacznego stanowiska konsorcjum, które nie zgodziło się dostarczyć sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w ramach zawartej umowy.

Wyjaśnienia zamawiającego, zgodnie z którymi konsorcjum mogło jednak dokonać zakupu sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w ramach zawartego kontraktu ze względu na fakt, że podobne wątpliwości w zakresie realizacji elementów inwestycji dotyczyły wielu innych zagadnień, które ostatecznie zostały przez konsorcjum wykonane bez dodatkowej zapłaty ma charakter subiektywny i nie stanowi wypełnienia przesłanki nieprzewidywalności wobec niezrealizowania przedmiotowych prac przez konsorcjum.

Kontrolujący stwierdził, że okoliczności stanu faktycznego sprawy wskazują, że okoliczności nie miały cech sytuacji wyjątkowej ani nieprzewidywalnej, gdyż w związku z dokumentacją zarówno konsorcjum, jak i zamawiający dokonali odmiennej interpretacji wzajemnych zobowiązań wynikających z zawartej umowy, a stan ten znany był zamawiającemu dużo wcześniej niż 30.06.2011 r.

W sprawie budowy stadionu priorytetową kwestią, na którą powoływał się zamawiający, uzasadniając konieczność zlecenia przedmiotowych dostaw w trybie zamówienia z wolnej ręki, była organizacja we wrześniu 2011 r. na stadionie prestiżowych imprez widowiskowych (m. in. walka bokserska o mistrzostwo świata Adamek-Kliczko – 10.09.2011 r. oraz koncert Georga Michaela – 17.09.2011 r. i na obie te imprezy została już sprzedana znaczna liczba biletów).

Kontrolujący wskazał, że zamawiający realizując swoje zamierzenia przedstawione w kwietniu 2011 r., tj. dokonując ww. dostaw we własnym zakresie implikowałby sytuację, w której możliwe byłoby zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia niż zamówienie z wolnej ręki, co umożliwiłoby wyłonienie dostawcy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w procedurze konkurencyjnej.

Zamawiający, wobec wyrażonego w sposób jednoznaczny i wiążący stanowiska konsorcjum, miał zatem możliwość zlecenia realizacji zamówienia w terminie umożliwiającym wyłonienie wykonawcy w procedurze konkurencyjnej, a jednak badanie rynku w celu ustalenia możliwości zakupu sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) od innego podmiotu niż konsorcjum,

zostało przez niego przeprowadzone dopiero w lipcu 2011 r. Nie stanowi wypełnienia wszystkich przesłanek, zgodnie z którymi konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki implikowana jest m.in. niemożnością zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia, sytuacja w której zamawiający zwleka z podjęciem działań umożliwiających mu wyłonienie wykonawcy zadania w procedurze konkurencyjnej, pomimo jednoznacznej informacji o odmowie wykonania określonego elementu zamówienia przez dotychczasowego wykonawcę.

Zdaniem kontrolującego, zamawiający wiedząc o odmowie wykonania dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) w ramach pierwotnej umowy zawartej z konsorcjum, zobowiązany był do podjęcia właściwych działań w celu zagwarantowania prawidłowej realizacji całej inwestycji. Podnoszona przez zamawiającego konieczność natychmiastowej realizacji zamówienia nie miałaby miejsca, gdyby zamawiający, tak jak informował konsorcjum w piśmie z 13.04.2013 r., ze względu na sporny charakter i w celu przyspieszenia procesu inwestycyjnego, zapobiegając ewentualnym opóźnieniom realizacyjnym, dokonał zakupu systemu zunifikowanej komunikacji oraz urządzeń Data Center we własnym zakresie, a kwestię ostatecznego zakresu wzajemnych obowiązków pozostawił do rozstrzygnięcia na drodze sądowej.

W ocenie Prezesa Urzędu w stanie faktycznym sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, że zgodnie z art. 167 ust. 1 Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający wniósł 12.02.2014 r. pismem z 07.02.2014 r. (bez znaku) zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł, że:

- konsorcjum w ramach umowy z 16.01.2010 r. zapewniło dostawę i zamontowanie omawianego sprzętu (CPD i centrala telefoniczna);
- konsorcjum nie wykonało umowy w zakresie dostarczenia i instalacji sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) do 30.06.2011 r.;
- już od 10.09.2011 r. na stadionie były zaplanowane wielkie imprezy, a do ich odbycia konieczne było dostarczenie i zainstalowanie sprzętu (CPD i centrala telefoniczna);
- wdanie się w spór sądowy zamawiającego z konsorcjum w mogłoby doprowadzić do wydania wyroku, ale po wielu miesiącach, a w sprawie budowy stadionu zamawiający musiał doprowadzić do oddania do użytku stadionu do września 2011 r.;

- zamawiający w lipcu 2011 r. przeprowadził badanie rynku i wykorzystując instytucję wykonania zastępczego (art. 479 i 480 Kodeksu cywilnego) zamierzał udzielić zamówienia z wolnej ręki na dostawę i instalację sprzętu (CPD i centrala telefoniczna);
- dostawa sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) mogłaby trwać około 10 tygodni, a sprzęt powinien być zainstalowany 3 tygodnie przed pierwszą imprezą, a więc termin dostawy i instalacji sprzętu to 13 tygodni, czyli około 3 miesięcy;
- zamawiający stwierdził, na podstawie badania rynku przeprowadzonego w lipcu 2011 r., że jedynie wykonawca T-Systems był w stanie w odpowiednio krótkim terminie wykonać zamówienie i dlatego to temu wykonawcy zostało udzielone zamówienie w trybie z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp ze względu na zaistnienie wyjątkowej sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia: wykonanie zamówienia jest konieczne do odbycia się wielu imprez, a finalnie meczów w ramach turnieju EURO 2012, nieprzewidywalność była spowodowana przez niepełne wykonanie umowy przez konsorcjum, konsorcjum nie dostarczyło ani nie zainstalowało sprzętu (CPD i centrala telefoniczna), również zamawiający nie dysponował projektami z określeniem parametrów sprzętu, a dokumenty te konsorcjum przekazało zamawiającemu dopiero w czerwcu 2011 r., dopiero po tym uzyskaniu projektu zamawiający mógł opracować opis przedmiotu zamówienia do wszczęcia procedury wyłonienia wykonawcy, konsorcjum do 30.06.2011 r. mogło wykonać zamówienie, czego dowodem było wszczęcie współpracy konsorcjum ze spółką T-Systems, a zamawiający nie mógł zakładać wcześniej, że konsorcjum nie dostarczy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna);
- zamawiający nie mógł zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, gdyż odmowa wykonania dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) przez konsorcjum nie jest równoznaczna z niewykonaniem tej dostawy, a wykonanie umowy mogło nastąpić do końca czerwca 2011 r.

Prezes Urzędu nie uwzględnił tych zastrzeżeń.

Kontrolujący stwierdził, że:

- badając okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, wziął pod uwagę całość prowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego, w szczególności zakres prac objętych umową pierwotną z 16.01.2010 r. i ostateczny cel, któremu miała służyć realizacja dostaw, tj. organizacji turnieju EURO 2012 we Wrocławiu;
- art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp znajduje zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, do których



- można zaliczyć np. zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach;
- zamawiający za sytuację wyjątkową, uzasadniającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, uznał brak dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) przez konsorcjum, pomimo że – w opinii zamawiającego – było ono zobowiązane do realizacji przedmiotowego świadczenia na podstawie umowy z 16.01.2010 r., czyli zamawiający zdawał sobie sprawę, że spory dotyczące realizacji zobowiązań umownych mogą stwarzać ryzyko opóźnień realizacji inwestycji, bądź prowadzić do powstania sytuacji, w której któraś ze stron umowy zostanie narażona na poniesienie dodatkowych kosztów, jednak zdaniem kontrolującego nie stanowią one sytuacji nadzwyczajnej, wyjątkowej, a przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziło do znacznego poszerzenia zakresu wyjątku, którego zastosowanie należy traktować ściśle;
  - spór dotyczący realizacji zobowiązań wynikających z pierwotnej umowy z 16.01.2010 r. rozpoczął się już w 2010 r., podczas gdy umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego zamówienia z wolnej ręki została zawarta w sierpniu 2011 r.;
  - konsorcjum pismem z 27.01.2011 r. podtrzymało stanowisko wyrażone 02.11.2010 r., zgodnie z którym wykonanie instalacji telefonicznej nie znajdowało się w zakresie świadczeń objętych zawartym kontraktem i jednocześnie wyraziło zainteresowanie realizacją ww. zakresu prac za dodatkową opłatą, co jednoznacznie przesądzało o tym, że nie zamierza ono realizować dostawy przedmiotowego sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) na podstawie umowy z 16.01.2010 r.;
  - brak możliwości uznania okoliczności stanu faktycznego sprawy, jako sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć;
  - przesłankę uzasadniającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi m.in. brak możliwości przewidzenia sytuacji, w której niezbędne jest zastosowanie wskazanego trybu wyboru wykonawcy, a nie dopiero stwierdzenie faktu niespełnienia przez wykonawcę oczekiwań zamawiającego dotyczących dostawy przedmiotowego sprzętu (CPD i centrala telefoniczna);
  - konieczność wykonania zamówienia na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego, ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć;
  - zamawiający posiadał na wcześniejszym etapie informacje, które dawały możliwość przewidzenia zaistnienia sytuacji, w której wystąpi potrzeba udzielenia zamówienia na przedmiotowy zakres świadczeń;
  - zamawiający wyjaśnił, że zamówienie udzielane w trybie z wolnej ręki było następstwem zastosowania instytucji wykonania zastępczego, tj. zlecenia dostawy sprzętu (CPD i

- centrala telefoniczna) innemu podmiotowi na koszt konsorcjum również, zdaniem kontrolującego, nie stanowi uzasadnienia udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- nie ma znaczenia fakt, z jakich środków opłacane jest wynagrodzenie wykonawcy, a zasadnicze znaczenie ma to, jaki podmiot ma wpływ na wybór wykonawcy, tj. kto udziela zlecenia na wykonanie określonych prac przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawarcie umowy;
  - to zamawiający, a zatem podmiot zlecający realizację zamówienia, decyduje o dokonaniu rozporządzenia środkami finansowymi oraz ponosi z tego tytułu odpowiedzialność, nawet jeżeli wynagrodzenie wykonawcy byłoby finansowane ze środków pochodzących od podmiotu trzeciego, tj. konsorcjum, tym samym, zamawiający jako podmiot zobowiązany do właściwego stosowania przepisów ustawy zobowiązany był do jej przestrzegania, a przepisy ustawy nie przewidują sytuacji, w której zamawiający nie podejmuje określonych działań mając na celu stwierdzenie i wykazanie zwłoki wykonawcy, a następnie skorzystanie z instytucji wykonania zastępczego, co tym samym nie może być traktowane jako uzasadnienie zastosowania przy wyborze wykonawcy trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Na podstawie przepisu art. 167 ust. 2 Pzp 20.02.2014 r. Prezes Urzędu pismem znak UZP/DKD/WKZ/421/1(7)/14/GM(9087) KNZ/1/14/DKD przekazał zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, zgodnie z art. 167 ust. 3 Pzp, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Skład Izby stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego są zasadne.

Kontrolujący stwierdził, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a w szczególności wyjątkowości sytuacji i wystąpienia okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć.

Kontrolujący stwierdził, że badając okoliczności stanu faktycznego sprawy, wziął pod uwagę całość prowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego, zwłaszcza zakres prac objętych umową pierwotną z 16.01.2010 r. i ostateczny cel, któremu miała służyć realizacja dostaw, tj. organizacji turnieju EURO 2012 we Wrocławiu. Jednak mimo tego stwierdzenia kontrolujący skupił się na jednym zamówieniu bez związania tego zamówienia z całością procesu inwestycyjnego, którym była budowa stadionu we Wrocławiu, organizacja widowisk i ostatecznie organizacja turnieju EURO 2012 we Wrocławiu. Niedociągnięcia w realizacji

zamówienia mogły mieć ogromny skutek dla całości inwestycji – stadionu we Wrocławiu i jego funkcjonalności.

W związku z tym skład Izby stwierdza, że wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością, osobliwością. Z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia, tak jak o tym stanowi art. 353 § 1 Kc (*Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić*). Zdaniem składu Izby zamawiający powinien zakładać, że wypełnianie przez wykonawcę świadczenia musi być uznawane za sytuację normalną czy powszechnie występującą, a więc *a contrario* nie można zakładać, że niewypełnianie przez wykonawcę świadczenia nie może być uznawane za sytuację wyjątkową.

Dlatego niewykonanie przez konsorcjum całego lub części zamówienia, mimo prowadzonych z tym podmiotem negocjacji, można uznać za czynnik uprawniający do uznania zaistnienia wyjątkowej sytuacji.

Podobnie stwierdziła to Izba w uchwale Pzp 31 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 64/13), cyt. »Zdaniem Izby choć nie budzi wątpliwości, że przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji, to jednak ocena ich zaistnienia w konkretnej sprawie musi być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu specyficznych dla niej okoliczności faktycznych.

[...] Dopiero ustosunkowując się do zgłoszonych zastrzeżeń Prezes UZP szerzej uzasadnił negatywną ocenę odstąpienia od umowy jako wyjątkowej okoliczności, wyrażając własne stanowisko nie tyle w odniesieniu do wyjątkowego charakteru tej okoliczności, lecz co do możliwości przewidzenia przez zamawiającego, że do takiej wyjątkowej sytuacji dojdzie. [...].

Izba zgadza się z zamawiającym, że stanowisko to jest również adekwatne w okolicznościach prowadzonego przez niego postępowania, ale tylko w odniesieniu do wyjątkowego i nieprzewidywalnego charakteru konieczności odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr [...]. Zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik.

Do takich okoliczności doktryna oraz orzecznictwo zaliczają zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak: klęski żywiołowe (m.in. powodzie, sezonowe pożary), katastrofy, awarie czy niespodziewane wypadki. Zatem rzeczywiście jako typowe przykłady wyjątkowej sytuacji podaje się katastrofy, klęski żywiołowe, awarie, wypadki etc., a więc przede wszystkim losowe zjawiska o charakterze zewnętrznym w stosunku do zamawiającego i wykonawcy.

Jednocześnie konieczność unieważnienia dotychczas prowadzonego lub zwlekanie z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie są uznawane za taką wyjątkową okoliczność. Jednakże w ocenie Izby nie można tego automatycznie przenosić na sytuacje zaistniałe już po udzieleniu zamówienia, zwłaszcza jeżeli jego realizacja była już w toku. Zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* zarówno zamawiający, jak i wykonawca mogą i powinni zakładać, że druga strona będzie wywiązywała się ze swoich zobowiązań wynikających z zawartej umowy. W przypadku umów w sprawie zamówień publicznych dodatkowo można stwierdzić, że zasadą jest ich realizacja w całości, to jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia w określonym terminie realizacji. Za uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 58/10) należy podkreślić, że: *Nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. [...] Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie – poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.*

Izba podziela również stanowisko wyrażone w przywołanej uchwale, że fakt podjęcia przez stronę zamawiającą decyzji o zakończeniu bytu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna, gdyż uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek. Innymi słowy decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek – jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne i nie może być z góry zakładane«.

Podobnie w badanej sprawie zamawiający właściwie do końca czerwca 2011 r. nie mógł mieć pewności co do wykonania w pełnym zakresie umowy, co zamawiający wykazał.

Kontrolujący stwierdził, że art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp znajduje zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, do których można zaliczyć np. zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Skład Izby stwierdza, że niemożność odbycia się co najmniej dwóch imprez (mecz bokserski i występ światowego artysty) na 30 000, a nawet 40 000 ludzi, którzy rozpoczęli kupować bilety już w momencie gdy zamawiający decydował się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, to miliony złotych. Ponadto należy mieć na uwadze fakt, że badane zamówienie było koniecznym fragmentem wielkiej inwestycji – przygotowania mistrzostw Europy w piłce nożnej EURO 2012.

Skład Izby musi stwierdzić, że konieczność natychmiastowej reakcji nie jest związana z krótkotrwałym działaniem, ale może również mieć związek właśnie z działaniem, które może uruchomić zdarzenia, które nie będą jednorazowym faktem, lecz całym cyklem wydarzeń. Natychmiastowe wykonanie zamówienia, to właśnie m.in. sytuacja, którą wykazał zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu – zaplanowane na wrzesień 2011 r. imprezy mogą się odbyć w zaplanowanym kształcie tylko, gdy zamawiający udzieli zamówienia z wolnej ręki we wskazanym terminie na określony przedmiot zamówienia.

Kontrolujący nie wykazał, że zamawiający dokonał nieprawidłowych kalkulacji terminowych. Wprost przeciwnie skład Izby uwzględnił wywody zamawiającego, że do zamówienia u producenta, wytworzenia, sprowadzenia do Wrocławia i zainstalowania oraz przeprowadzenia prób przedmiotu zamówienia musi upłynąć około 13 tygodni (3 miesiące). Ponadto bardzo istotne w rozpoznawanym postępowaniu była obawa zamawiającego przed wystąpieniem możliwości odstąpienia od pierwotnej umowy z 16.01.2010 r. przez wykonawcę konsorcjum Max Bögl Polska Sp. z o.o. i Max Bögl Bauunternehmung GmbH&Co.KG. O takiej ewentualności można dowiedzieć się w szczególności ze str. 5 akapit 2 od dołu pisma zamawiającego do JV Bögl z 13.04.2011 r., znajdującego się w dokumentacji sprawy.

W związku z tym w sprawie zaistniała przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki – wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a w zasadzie rozpoczęcie wykonywania zamówienia, bo zamawiający wykorzystując szansę wykonania umowy podstawowej z 16.01.2010 r. i nie dania powodów do odstąpienia od umowy ani nie rezygnując z możliwości dochodzenia później na drodze sądowej był zmuszony do tak późnego wszczęcia badanego postępowania w trybie z wolnej ręki. Mowa o tym jest w tym samym piśmie zamawiającego – str. 6 ust. 8 i ostatni akapit.

W związku z tym skład Izby stwierdza, że zamawiający wykazał, iż zaistniałe okoliczności stanowią sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający zdawał sobie sprawę, że spory dotyczące realizacji zobowiązań umownych mogą stwarzać ryzyko opóźnień realizacji inwestycji, bądź prowadzić do powstania sytuacji, w której któraś ze stron umowy zostanie narażona na poniesienie dodatkowych kosztów, jednak zdaniem kontrolującego nie stanowią one sytuacji nadzwyczajnej, wyjątkowej, a przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do znacznego poszerzenia zakresu wyjątku, którego zastosowanie należy traktować ściśle.

Skład Izby stoi na stanowisku, że zamawiający próbował doprowadzić do polubownego załatwienia sprawy, ale przede wszystkim bez ponoszenia nadmiernego ryzyka i bez dawania kontrahentowi argumentów do późniejszego próbowania zmniejszenia zakresu odpowiedzialności przez konsorcjum. Wcześniejsze wszczęcie innego postępowania przez

zamawiającego mogłoby stać się powodem do twierdzeń, że zamawiający nie miał prawa wymagać od konsorcjum wykonania zamówienia w problematycznym zakresie.

Dlatego zamawiający musiał prowadzić negocjacje do ostatniego momentu, gdy wiązała strony umowa z 16.01.2010 r. czyli do czerwca 2011 r. Zresztą nawet wszczęcie postępowania na rozpoznawany przedmiot zamówienia w kwietniu 2011 r. nie dawało wystarczającej dozy pewności, że zakończy się ono w terminie umożliwiającym terminowe wykonanie badanego zamówienia, gdyż zamawiający otrzymał od konsorcjum materiały umożliwiające dokonanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia dopiero w czerwcu 2011 r. Brak tego – podstawowego – dokumentu mogłoby być przyczyną złożenia odwołań, co mogłoby spowodować niemożliwość udzielenie zamówienia w wymaganym terminie. Tak więc w postępowaniu miała miejsce przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki – brak możliwości zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Ponadto kontrolujący nie wykazał, że zamawiający zwlekał z podjęciem działań umożliwiających mu wyłonienie wykonawcy zadania w procedurze konkurencyjnej. Jak wykazał zamawiający pomimo jednoznacznej informacji o odmowie wykonania określonego elementu zamówienia przez dotychczasowego wykonawcę zamawiający nie miał możliwości wszczęcia nowego postępowania choćby ze względu na brak dokumentacji umożliwiającej opracowanie opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest istotnym elementem przygotowania każdego zamówienia, a konieczną do tego dokumentację zamawiający pozyskał dopiero w czerwcu 2011 r.

Kontrolujący stwierdził, że w kontrolowanym zamówieniu nie można uznać okoliczności stanu faktycznego sprawy jako sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć oraz że przesłanką uzasadniającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi m.in. brak możliwości przewidzenia sytuacji, w której niezbędne jest zastosowanie wskazanego trybu wyboru wykonawcy, a nie dopiero stwierdzenie faktu niespełnienia przez wykonawcę oczekiwań zamawiającego dotyczących dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna). Jednak zamawiający do końca próbował polubownie załatwić problem wykonania wszystkich części zamówienia, aby samo konsorcjum zrealizowało w największym zakresie umowę z 16.01.2010 r. W związku z tym zamawiający w zasadzie do czerwca 2011 r. nie miał pewności, że konsorcjum nie wykona w pełni swojego zobowiązania ani których części zamówienia konsorcjum nie wykona. Potwierdza to treść wystąpienia zawarta na str. 5 i 6 przytaczanego pisma z 13.04.2011 r. zamawiającego do konsorcjum. Jak wynika z listy niezrealizowanych fragmentów zamówienia z 16.01.2010 r. zamieszczonej na str. 6 ww. pisma wiele ze spornych spaw udało się rozwiązać bez dalszych konsekwencji. W związku z tym skład Izby musi stwierdzić, że zamawiający nie miał jeszcze w terminie wystosowania tego pisma pewności co do zakresu zaniechania lub wykonania podstawowej umowy z 16.01.2010 r.

Wobec powyższego skład Izby stwierdza, że zamawiający do czerwca 2011 r. nie mógł przewidzieć w jakim zakresie nie będzie zrealizowana umowa podstawowa z 2010 r.

Kontrolujący stwierdził, że konieczność wykonania zamówienia na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego, ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć.

Skład Izby stwierdza, że właśnie taka sytuacja miała miejsce w badanym postępowaniu. To od konsorcjum zależało, czy zrealizuje ono w pełnym zakresie przedmiot pierwotnej umowy z 16.01.2010 r. Konsorcjum nawet przygotowało się do zrealizowania kwestionowanego fragmentu umowy i doprowadziło do sprowadzenia przez wykonawcę T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu odpowiednich produktów, co w efekcie umożliwiło wykonanie kontrolowanego zamówienia we właściwym terminie.

Konieczność udzielenia zamówienia wynikała z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć czy konsorcjum zdecyduje się na pełną realizację pierwotnej umowy z 16.01.2010 r. czy pozostawi pewne elementy tego zamówienia niezrealizowane. Pozostawało to poza decyzyjnością zamawiającego, mimo że zamawiający starał się doprowadzić do pełnego wykonania pierwotnej umowy z 16.01.2010 r.

Kontrolujący stwierdził, że tłumaczenie zamawiającego, że zamówienie udzielane w trybie z wolnej ręki było następstwem zastosowania instytucji wykonania zastępczego, tj. zlecenia dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) innemu podmiotowi na koszt konsorcjum również, nie stanowi uzasadnienia udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. I tutaj skład Izby zdecydowanie popiera stanowisko kontrolującego, gdyż w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp znajduje się 5 przesłanek, których zaistnienie warunkuje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wśród nich nie znajduje się możliwość wykonania zastępczego, dlatego zamawiający nie może się powoływać na taką pozaustawową przesłankę uzasadniającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Ponadto zdaniem składu Izby kontrolujący słusznie stwierdził, że nie miał znaczenia fakt, z jakich środków opłacane jest wynagrodzenie wykonawcy, a zasadnicze znaczenie miało to, jaki podmiot ma wpływ na wybór wykonawcy, tj. kto udzielał zlecenia na wykonanie określonych prac przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawarcie umowy. Jednak w kontrolowanym postępowaniu nie miało to znaczenia, gdyż zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia zgodnie z przepisami, co zostało uzasadnione wyżej.

Kontrolujący stwierdził, że to zamawiający, decyduje o dokonaniu rozporządzenia środkami finansowymi oraz ponosi z tego tytułu odpowiedzialność, nawet jeżeli wynagrodzenie

wykonawcy byłoby finansowane ze środków pochodzących od podmiotu trzeciego, tj. konsorcjum. Tym samym, zamawiający jako podmiot zobowiązany do właściwego stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zobowiązany był do jej przestrzegania, a przepisy ustawy nie przewidują sytuacji, w której zamawiający nie podejmuje określonych działań mając na celu stwierdzenie i wykazanie zwłoki wykonawcy, a następnie skorzystanie z instytucji wykonania zastępczego, co tym samym nie może być traktowane jako uzasadnienie zastosowania przy wyborze wykonawcy trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Skład Izby popiera w tym zakresie stanowisko kontrolującego. Jednak zamawiający nie zwlekał z wykonaniem określonych działań w celu wykazania zwłoki wykonawcy, a następnie skorzystanie z instytucji wykonania zastępczego, jako uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający jedynie wykorzystał zaistniałą sytuację do zastosowania instytucji wykonania zastępczego, ale realnie nie miało to znaczenia podczas dokonywania zamówienia z wolnej ręki, a w kontrolowanym postępowaniu kontrolujący nie wykazał, że nie zaistniały kumulatywnie wszystkie przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, o czym wyżej.

Skład Izby podkreśla, że – jak stwierdził zamawiający – otrzymał on od konsorcjum dokumentację pozwalającą na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia dopiero w czerwcu 2011 r. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych dokumentów w każdym postępowaniu, nawet gdy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie jest wymagane, aby opis był sporządzony na samym początku prowadzenia procedury.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający stwierdził, że konieczną dokumentację uzyskał dopiero w czerwcu 2011 r. w związku z tym nie mógł wszcząć postępowania w kwietniu, jak uważa kontrolujący.

Ponadto kontrolujący nie wziął pod uwagę, że przedmiotem zamówienia było nie tylko wykonanie dostawy sprzętu (CPD i centrala telefoniczna) i jego instalacja, ale wykonanie dostawy sprzętu i jego instalacja w określonym terminie. Dlatego zamawiający był ograniczony w korzystaniu z całej gamy środków, a szczególnie z możliwości wniesienia sprawy do sądu, co mogłoby spowodować niedotrzymanie terminu oddania do użytku stadionu i spowodować niemożliwość odbycia się na tym stadionie zaplanowanych imprez.

Wobec tego wszczęcie kontrolowanego postępowania we wcześniejszym terminie niż w lipcu 2011 r. nie było możliwe.

Natomiast kontrolujący nie wykazał, że w postępowaniu nie wystąpiły wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp



Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....