

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 08 grudnia 2020 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 04 listopada 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

Gmina Miasto Świdnica ul. Armii Krajowej 49 58-100 Świdnica

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 roku, znak: DKZP.WKZ3.441.1.2020.DŁ KNZ/1/20/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, pn. *przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: „Rewitalizacja przestrzenno - społeczna Miasta Świdnica - przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana - Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Emilia Garbala
	Ewa Kisiel

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej zwany Prezesem UZP, lub „Kontrolującym” dokonał przeprowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Pzp. W poczynionych ustaleniach stwierdzono naruszenie przez

Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek w tym zakresie, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na przebudowę budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: *„Rewitalizacja przestrzenno - społeczna Miasta Świdnica - przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana - Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z protokołem konieczności nr 2 sporządzonym przez Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2019 r. zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia obejmował cały szereg robót budowlano-remontowych szczegółowo wymienionych w protokole kontroli.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki wskazał, iż „w postępowaniu przetargowym nr P-34/IV/18 na zadanie pn.: Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: *„Rewitalizacja przestrzenno - społeczna Miasta Świdnica - przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana - Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”* został wyłoniony Wykonawca firma SIRBUD MINARI S.A. Podczas realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40 wystąpiła konieczność sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej do projektu podstawowego wraz ze sporządzeniem ekspertyzy technicznej z zakresu ochrony przeciwpożarowej, a w konsekwencji zmian projektu budowlanego, a także dokumentacji projektowej aranżacji wnętrza obiektu. W związku z powyższym zaistniała potrzeba dostosowania aktualnego stanu robót budowlanych do obu projektów, co związane jest ze zwiększonym zakresem prac budowlanych. Charakter i zakres wprowadzonych zmian dotyczył wszystkich aktualnie realizowanych robót budowlanych, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno-kanalizacyjnej, podłogi betonowych, ścian i podziałów funkcjonalnych pomieszczeń. Przedmiotowe zmiany były ściśle technicznie i funkcjonalnie powiązane z aktualnie realizowanymi robotami, które w całości docelowo będą stanowiły jeden układ techniczno-użytkowy. Wobec powyższego nie było zatem możliwe takie wyodrębnienie robót budowlanych, które stanowiłyby odrębną całość techniczno-użytkową, dla której możliwe byłoby wykonanie tych robót przez innego wykonawcę i wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych. Ponadto zlecenie tych prac innemu Wykonawcy, niż obecny wiązałoby się z poniesieniem nieuzasadnionych kosztów ekonomicznych, a więc w związku z tym udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z

wolnej ręki jest uzasadnione obiektywnie z przyczyn technicznych". Z uwagi na powyższe zdaniem Zamawiającego zachodziły przesłanki skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający w przesłanych do Prezesa Urzędu wyjaśnieniach wskazał, że „nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych wykonawców ze względu na fakt, iż zaplanowane zmiany były ściśle technicznie, technologicznie, funkcjonalnie i organizacyjnie powiązane z realizowanymi robotami budowlanymi, które dopiero po ich zakończeniu w całości i docelowo mogły stanowić wartość techniczno - użytkową. Nie istniała bowiem sposobność wyodrębnienia robót budowlanych możliwych do wykonania dla innego wykonawcy, z własną kadrą techniczną i kierownikiem budowy jak również niemożliwe byłoby wyegzekwowanie od niego w przyszłości warunków gwarancyjnych. Ponadto zlecenie tych prac innemu wykonawcy, doprowadziłoby do powstania chaosu kompetencyjnego na budowie, zagrażałoby realizacji bieżącego kontraktu oraz wiązałoby się niewątpliwie z wydłużeniem procesu inwestycyjnego, a tym samym ponoszeniem przez Zamawiającego dodatkowych kosztów ekonomicznie nieuzasadnionych. Uwzględniając powyższe, Zamawiający po przeprowadzeniu wewnętrznej analizy wybrał w jego ocenie wariant najkorzystniejszy z punktu widzenia interesu publicznego i zaistniałych okoliczności, a więc wariant udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki dla firmy SIRBUD-MINARI S.A.".

Zamawiający wyjaśnił, że „w trakcie realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40 Zamawiający podjął decyzję o: zmianie sposobu funkcjonowania obiektu ze względu na zwiększenie ilości organizacji pozarządowych, zmianie sposobu zarządzania obiektem, zmianie przeznaczenia niektórych pomieszczeń, zwiększeniu liczby użytkowników mogących jednocześnie przebywać w budynku, zmianie aranżacji wewnątrz uwzględniającej wprowadzone zmiany techniczno-użytkowe i podwyższenie standardu wykończenia obiektu. Przeznaczenie budynku dla zwiększonej ilości osób, zmiana przepisów z zakresu ochrony przeciwpożarowej obiektu oraz obiektywne uwarunkowania związane z lokalizacją obiektu względem sąsiedniej zabudowy, jak również nienormatywne parametry geometryczne elementów budynku, w tym klatki schodowej na drodze ewakuacyjnej z budynku, czy przekroczenie długości dojsć ewakuacyjnych, spowodowały konieczność opracowania ekspertyzy technicznej w trybie § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz konieczność uzyskania zgody Komendanta Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu na zastosowanie rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w przepisach techniczno-budowlanych".

Zgodnie z protokołem konieczności nr 2 potrzeba wykonania przedmiotowych robót budowlanych powstała „w związku z zamiarem inwestora dostosowania obiektu do jego

aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu mającego bezpośredni wpływ na jego trwałość i niezawodność, w celu uzyskania obiektu użyteczności publicznej o reprezentacyjnym charakterze / ponadprzeciętnych walorach estetyczno-użytkowych korespondujących ze szczególną lokalizacją budynku".

Umowa na wykonanie zamówienia z wolnej ręki została zawarta z Wykonawcą SIRBUD - MINARI S.A. w dniu 25 czerwca 2019 r.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2019 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 510137572-N-2019 ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

Po przeprowadzeniu kontroli Prezes UZP podał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)). Uznaje się, iż przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też koniecznością zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa (możliwość powołania się na te przepisy będzie wyłączona, jeżeli jednak istnieją zbliżone parametry czy też normy jakości). Istnienie ewentualnych trudności w powierzeniu wykonania zamówienia innym wykonawcom nie jest wystarczające do uznania, że spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 69/14).

Oceniając powyższą sytuację Kontrolujący stwierdził, że z dokumentacji postępowania, ani też złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień nie wynika, aby charakter

przedmiotowych prac świadczył o tym, że wyszczególnione w ww. protokole roboty budowlane mogły zostać wykonane wyłącznie przez wykonawcę SIRBUD - MINARI S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Podkreślono, że należy wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp od przyczyn organizacyjnych i gospodarczych. Rynek usług związanych z robotami budowlanymi jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, organizacyjne jak i doświadczenie, aby zrealizować przedmiot zamówienia objęty niniejszą kontrolą. Zwłaszcza, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ zamówienia podstawowego, jak również w przesłanych wyjaśnieniach żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Wręcz przeciwnie, z dokumentacji nadesłanej przez Zamawiającego wynika, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z powszechnie dostępnymi na rynku robotami budowlanymi.

Kontrolujący wskazał, że względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określonemu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednocześnie charakter zasadniczy. Zamawiający podejmując taką decyzję powinien wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Nadto podkreślono, że w orzecznictwie przyjmuje się iż możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie może być wynikiem wcześniejszych działań czy ewentualnie zaniechań zamawiającego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15). Wymagane przepisem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp „przyczyny techniczne” muszą mieć obiektywny charakter, a zatem ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z uprzednich działań zamawiającego (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. KIO/KU 39/14).

Reasumując ustalenia kontroli stwierdzono, że w ocenie Prezesa Urzędu, nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której Zamawiający, mimo istnienia konkurencji na rynku, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy na rynku. Działanie takie są sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiącymi fundament systemu zamówień publicznych. W konsekwencji, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu, opisując przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim potrzebom, jak również formułując odpowiednie kryteria oceny ofert, Zamawiający jest w stanie wyłonić wykonawcę, który wykona zamówienie w sposób prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze

warunki. Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył jednocześnie art. 10 ustawy Pzp oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W odpowiedzi na wynik Kontroli Zamawiający w dniu 4 listopada 2020 roku wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia do ustaleń Kontroli.

Stwierdził, że Prezes Urzędu niewłaściwie uznał, że:

- 1) Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, podczas gdy Zamawiający wykazał, że ze względu na uwarunkowania techniczne, w których realizowane były roboty budowlane objęte zamówieniem, roboty te mogły być świadczone tylko przez „SIRBUD-MINARI” S.A. z siedzibą w Wałbrzychu;
- 2) Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), pomimo tego, że Zamawiający - mimo braku obowiązku - opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, czym zapewnił pełną transparentność swoich działań oraz umożliwił innym wykonawcom zapoznanie się z przedmiotem i charakterem zamówienia, a także ewentualne wykorzystanie przysługujących im środków ochrony prawnej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Zamawiający na wstępie podał, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp było usprawiedliwione, a Zamawiający był do tego uprawniony, ponieważ obiektywnie istniejące uwarunkowania techniczne uniemożliwiały wykonanie robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia, przez innego wykonawcę niż „SIRBUD-MINARI” S.A. z siedzibą w Wałbrzychu. Błędne wnioski Kontroli w tym aspekcie są przede wszystkim następstwem przyjęcia nieprawidłowej wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp i uznania, że przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej występują tylko wtedy, gdy dany wykonawca dysponuje konkretną technologią, nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też, gdy występuje konieczność zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa. W świetle poglądów orzecznictwa oraz doktryny prawa nie ma podstaw do stosowania tak skrajnie rygorystycznego podejścia do interpretacji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Wskazał, że nie jest możliwe z góry określić zamkniętego katalogu okoliczności dających się kwalifikować jako przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

Pzp. Na gruncie tego przepisu przyjmuje się w orzecznictwie, że przesłanka w nim sformułowana jest nieostra, a zatem podlega ocenie ad casu, zaś świadomość, że chodzi o wyjątek od zasady konkurencyjnego trybu postępowania, nie może skutkować również interpretacją zawężającą.

Podał, iż koniecznym jest wskazanie, że zarówno w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 6 czerwca 2019 r., zawiadomieniu z dnia 6 czerwca 2019 r. przesłanym do UZP (znak ZPP.271.54.02.2019), jak również w piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r., złożonym w niniejszym postępowaniu, Zamawiający wyczerpująco wykazał, że podczas realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40, wykonywanych w ramach zamówienia w postępowaniu przetargowym nr P-34/IW18 na zadanie pn. *Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zdania: „Rewitalizacja przestrzenno-społeczna Miasta Świdnica - przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana - Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”*, wystąpiła konieczność sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej, a w konsekwencji dostosowania wykonywanych robót budowlanych. Roboty w ramach wskazanego zamówienia wykonywane były przez „SIRBUD-MINARI” S.A. Zakres robót, który miał być zrealizowany w związku ze sporządzeniem dokumentacji projektowej zamiennej, był nierozdzielnie związany z dotychczas realizowanymi robotami, a miały one w zamierzeniu docelowo stanowić jeden układ techniczno- użytkowy. Powodowało to niemożność wyodrębnienia robót budowlanych, które stanowiłyby samodzielną całość techniczno-użytkową, dającą się zlecić innemu wykonawcy. Organ Kontroli błędnie uznał, że skoro roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia - gdyby rozważać je w całkowitym oderwaniu od okoliczności faktycznych zaistniałych w sprawie - mogą być hipotetycznie wykonywane przez innych wykonawców niż „SIRBUD-MINARI” S.A., to przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp nie została spełniona. Postawienie sprawy w ten sposób jest o tyle niezasadne, że całkowicie pomija uwarunkowania faktyczne, w których przedmiotowe roboty były realizowane, a które to w istocie determinowały, że wykonanie robót mogło być powierzone wyłącznie temu wykonawcy, który odpowiedzialny był za realizowane dotychczas prace w budynku Rynek 39-40. W świetle przytoczonych wyżej poglądów orzecznictwa nie może być wątpliwości, że uwarunkowania faktyczne, w których roboty były realizowane, powinny być brane pod uwagę przy ocenie zaistnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

Na uzasadnienie poprawności zastosowania udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki podał także, że na decyzję Zamawiającego wpływ miały też dodatkowe okoliczności wynikające z sytuacji faktycznej, w której realizowane były powyższe zadania. Po pierwsze, ze względu na uwarunkowania techniczne wykonywanych robót i ich ściśle wzajemne

powiązanie, wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych byłoby możliwe tylko w razie wykonania całości robót przez jednego wykonawcę. Po drugie, sama próba zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia - która w ocenie Zamawiającego byłaby niemożliwa z omówionych przyczyn technicznych - zagrażałaby realizacji już zawartej i wykonywanej umowy z „SIRBUD- MINARI” S.A., a także niewątpliwie doprowadziłaby do znaczącego wydłużenia procesu inwestycyjnego, skutkując też poniesieniem przez Zamawiającego dodatkowych, nieuzasadnionych ekonomicznie kosztów.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Kierownika Zamawiającego, że nie uwzględni wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Informacji o wyniku Kontroli oraz przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

KIO odnosząc się do argumentacji przywołanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej oraz ustaleń organu kontroli uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko Prezesa UZP zawarte w ustaleniach kontroli znajduje potwierdzenie w ustaleniach faktycznych i odpowiada obowiązującemu prawu. Dlatego też Izba stanowisko Prezesa UZP przyjmuje za własne.

Celem podkreślenia braku zasadności stanowiska Zamawiającego podanego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli po raz kolejny należy podkreślić, że Zamawiający w celu skorzystania z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp winien wykazać, iż tylko i wyłącznie wybrany przez niego Wykonawca - ze względów technicznych - jest w stanie wykonać dane zamówienie. Ustalenie, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów świadczących tego rodzaju usługi powoduje, że możliwość zastosowania przedmiotowego trybu została wyłączona. Nadto należy zauważyć, iż przyczyn technicznych o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi czy też społecznymi. Występująca w powyższym przepisie Pzp przesłanka „jednego wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki, ma charakter obiektywny i dotyczy tylko sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi. Niekwestionowanym zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie jest stanowisko, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych na rzecz trybów

niekonkurencyjnych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (por. wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00).

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy należy jednoznacznie wywieść, że w sprawie nie zaistniały żadne obiektywne przesłanki które uzasadniałyby stanowisko Zamawiającego, iż przedmiotowe zamówienie mogło być wykonane tylko przez wykonawcę już wybranego do realizacji innego zakresu robót. Podkreślić należy także, że Zamawiający udzielając zamówienia z wolnej ręki stwierdził, iż roboty mogą być świadczone tylko przez jednego z wykonawców z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Z treści zarówno wyjaśnień jak i zastrzeżeń do wyniku kontroli trudno wywieść jakieś obiektywne okoliczności w tym zakresie. Wręcz odwrotnie, jako podstawę i przyczynę udzielenia zamówienia wykonawcy już realizującemu podobne zamówienie dla Zamawiającego, wskazywano na konieczność sporządzenia dokumentacji projektowej zamienną związaną z dotychczas realizowanymi robotami i tym samym wykonanie robót winno być powierzone wykonawcy, który odpowiedzialny był za realizowane dotychczas prace w budynku Rynek 39-40. Nadto wskazywano, że wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych przy dwóch wykonawcach byłoby praktycznie niemożliwe.

Odnosząc się do powyższego Izba nie znajduje tutaj żadnej obiektywnej okoliczności uzasadniającej udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Każda powyższa sytuacja przywoływana jest tylko jako hipotetyczna, tj. możliwa do wystąpienia. Nadto każdą z nich można przypisać Zamawiającemu jako niewłaściwe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia - braki w dokumentacji, stąd dokumentacja zamienna, zmiana charakteru obiektu w możliwym do przyjęcia okresie czasowym liczonym od terminu wszczęcia poprzedniego postępowania, obawy przed możliwością właściwego zorganizowania placu budowy i rozliczania wykonawców, itd. Standardem na budowach, czy to przy robotach budowlanych, czy prowadzeniu usług remontowych, jest równoczesny udział w ich realizacji wielu firm, które przy właściwym nadzorze ze strony kierownika budowy i inwestora z powodzeniem realizują przedmiot zamówienia. Sposób realizacji zamówienia przyjęty przez Zamawiającego wynika nijako z "wygodnictwa", a nie braku możliwości technicznych w tym zakresie.

Również sam Zamawiający wydaje się potwierdzać powyższe stanowisko Izby, gdyż w złożonych wyjaśnieniach podaje, że *„zlecenie tych prac innemu wykonawcy doprowadziłoby do powstania chaosu kompetencyjnego na budowie, zagrażałoby realizacji bieżącego kontraktu oraz wiązałoby się niewątpliwie z wydłużeniem procesu inwestycyjnego”*. Należy postawić pytanie, czy te obawy, które legły u podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki są faktycznie przyczynami technicznymi o obiektywnym

charakterze? Tym samym, czy możliwe było ich udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki i w oparciu o taką podstawę prawną? Izba w tym zakresie uznaje, że brak było podstaw do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Izba podkreśla, że wskazywanie przez Zamawiającego przyczyn technicznych uzasadniających udzielenie zamówienia w tym trybie musi mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. Konieczne jest zatem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot (podobnie uchwała z dnia 14 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 119/13). Powyższe w sprawie nie zostało dowodowo wykazane, a tylko poprzestano na wskazywaniu hipotetycznych sytuacji, których wystąpienie w trakcie realizacji robót przez dwóch wykonawców może zaistnieć. Nadto zamawiający nawet nie podjął próby ogłoszenia przetargu na te roboty w trybie konkurencyjnym, w którym to być może wykonawca SIRBUD- MINARI” S.A to zamówienie by uzyskał, bo jak widać z okoliczności sprawy, niewątpliwie był nim zainteresowany.

W tym stanie rzeczy nie można zgodzić się z Zamawiającym, jakoby wskazywane przez niego okoliczności przesądzały o dopuszczalności zastosowania ww. przepisu w przedmiotowej sprawie. W szczególności nie stanowi przyczyn technicznych fakt, że wprowadzenie innego wykonawcy na teren budowy spowodowałoby chaos kompetencyjny na budowie, uniemożliwiłoby wyegzekwowanie od niego w przyszłości warunków gwarancyjnych. Te argumenty Zamawiającego wskazują na okoliczności mające charakter organizacyjny i ekonomiczny i w żadnym wypadku nie mogą być utożsamiane z okolicznościami o charakterze technicznym. Izba uznała, że nie można przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że w tym stanie faktycznym robót o takim charakterze, jakie Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki, nie są w stanie wykonać inni wykonawcy na rynku. W żaden sposób nie zostało to wykazane, a jak podaje w wyjaśnieniach Zamawiający wykazane być nie mogło, gdyż Zamawiający żadnej próby w tym zakresie nie podjął. Również sam Zamawiający w treści zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki z dnia 6 czerwca 2019 r., jak i złożonych wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2020 r. przyznał, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi typowa rynkowa wyłączność (monopol) wybranego wykonawcy, ale że w istocie są to względy organizacyjne, finansowe oraz terminowość wykonania zamówienia. Izba w oparciu o opis zakresu robót uznała, że przedmiotem zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki są typowe roboty budowlane, powszechnie wykonywane w ramach remontów różnych obiektów i każdy wykonawca w branży budowlanej jest w stanie wykonać.

Podkreślić należy także, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że wykonawca któremu udzielono zamówienia z

wolnej ręki jest zdolny do efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać.

Nawiązując do przywołanego w zastrzeżeniach wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie (sygn. akt I ACa 1201/14), należy zwrócić uwagę że Zamawiający cytując fragment uzasadnienia przytacza tylko ten fragment, który wydaje się być dla Zamawiającego korzystny. Tymczasem Sąd w ww. wyroku podkreślił, że z uwagi na bardzo krótki czas, w którym podmiot będący zamawiającym w sprawie rozpoznawanej przez Sąd, musiał udzielić zamówienia na modyfikację systemu informatycznego, tylko jeden wykonawca był w stanie technicznie wykonać usługę modyfikacji tego systemu. Tym samym w sprawie, w której orzekał Sąd Apelacyjny miała miejsce przyczyna techniczna wynikająca z określonego czasu, jaki został tamtemu zamawiającemu narzucony na realizację zamówienia.

Powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło niewątpliwie do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych. Brak zastosowania trybu konkurencyjnego w przedmiotowej sprawie mógł również mieć wpływ na wielkość wydatkowanych środków finansowych przez Zamawiającego, gdyż powszechnie wiadomym jest, że w trybach konkurencyjnych wykonawcy konkurują ze sobą także ceną oferty.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....