

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 kwietnia 2018 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 24 kwietnia 2018 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie** dotyczących wyniku kontroli doraźnej w zakresie poprawności zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych i poprawności wyboru trybu postępowania opisanego w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 131h ust. 1 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 przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Paweł Trojan

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 15 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) zawiadomienie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na *wykonanie robót budowlanych polegających na budowie poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych w kompleksie Głębokie*, na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”).

W zawiadomieniu Zamawiający wskazał, iż postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

W dniu 30 grudnia 2016 r. na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy Pzp wszczęto postępowanie wyjaśniające w sprawie zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający został wezwany do nadesłania następujących informacji i dokumentów:

1. wskazanie Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił lub zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki;
 2. kopii zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki dla Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił lub zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia;
 3. kopii protokołu z postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki (wraz z załącznikami);
 4. kopii umowy wynikającej z postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki (lub projektu umowy, jeżeli umowa nie została jeszcze zawarta), wraz z ewentualnymi aneksami oraz załącznikami;
 5. szczegółowego wskazania, jaka wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, uzasadnia natychmiastowe wykonanie zamówienia oraz uniemożliwia zachowanie terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
 6. informacji, czy zamówienie to jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.
- Zamawiający w dniu 3 stycznia 2017 roku przesłał wymagane dokumenty i wyjaśnienia.

Z dokumentów i wyjaśnień wynika, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 grudnia 2016 r., tj. w dniu przekazania zaproszenia do negocjacji Wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie. W dniu 16 grudnia 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta umowa o realizację przedmiotowego zamówienia (nr umowy: UW/0033/WB/2016).

Zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował:

1. Opracowanie dokumentacji projektowej, składającej się z:
 - a) projektu zagospodarowania terenu składu materiałowego oraz przyłącza elektroenergetycznego na mapie pozyskanej z właściwego ośrodka dokumentacji geodezyjno-kartograficznej;
 - b) przedmiaru robót, obejmującego zakres udzielanego zamówienia.
2. Wykonanie robót budowlanych:
 - a) geodezyjne wytyczenie obiektów w terenie;
 - b) wycinka drzew i krzewów;
 - c) roboty ziemne, niwelacja terenu;
 - d) wykonanie przyłącza elektroenergetycznego;
 - e) wykonanie instalacji oświetlenia zewnętrznego;
 - f) wykonanie instalacji odgromowej, zabezpieczającej kontenery stalowe przed wyładowaniami atmosferycznymi;
 - g) podbudowa, zagęszczenie podsypki z kruszywa i piasku pod płyty drogowe;
 - h) wykonanie ogrodzenia dwurzędowego i ścieżki patrolowej gruntowej między rzędami ogrodzenia.

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał, że w dniu 10 listopada 2016 r. otrzymał od instytucji nadrzędnej polecenie realizacji zadań określonych w Rozkazie Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych Nr Z-241 z dnia 10 listopada 2016 r., w sprawie budowy połowych składów środków bojowych, ze wskazaniem terminu zakończenia robót budowlanych na dzień 20 lutego 2017 r. Jak poinformował Zamawiający, przedmiotowe zamówienie, z uwagi na jego szczególne znaczenie oraz informacje niejawne, zostało określone jako zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Obowiązkiem Zamawiającego było opisanie przedmiotu zamówienia oraz zawarcie umowy w sprawie jego wykonania w wyznaczonym terminie. Ze względu na krótki czas na realizację inwestycji, przedmiot zamówienia został opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w dniu 7 grudnia 2016 r., a w dniu 13 grudnia 2016 r. zostało wszczęte

postępowanie. Czas potrzebny na wykonanie robót, objętych przedmiotem zamówienia, określono na 60 dni.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, jedynym możliwym do zastosowania trybem, zapewniającym dochowanie narzuconych terminów, był tryb zamówienia z wolnej ręki. Ponadto Zamawiający poinformował, iż zamówienie nie było współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

W dniu 31 marca 2017 r. Zamawiający został wezwany do udzielenia dodatkowych informacji i nadesłania następujących dokumentów:

- 1) informacji, od kiedy planowano budowę poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych, stanowiącego przedmiot zamówienia;
- 2) informacji, kiedy Zamawiający dowiedział się o potrzebie wybudowania składu;
- 3) informacji, z jakich przyczyn konieczne było ukończenie budowy składu do dnia 20 lutego 2017 r.;
- 4) wskazania powodów wydania Rozkazu Nr Z-241 przez Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych dopiero w dniu 10 listopada 2016 r.;
- 5) kopii Rozkazu Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych Nr Z-241 z dnia 10 listopada 2016 r.

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że nie brał udziału w ustaleniach dotyczących planowania budowy poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych, stanowiącego przedmiot zamówienia, gdyż jest wyłącznie realizatorem Centralnych Planów Rzeczowych Ministerstwa Obrony Narodowej.

Zamawiający wskazał również, że informację o potrzebie wybudowania ww. składu otrzymał w dniu 10 listopada 2016 r., tj. w dniu otrzymania Rozkazu Nr Z-241. W konsekwencji, podjęcie działań przez Zamawiającego było – w jego opinii – możliwe po wprowadzeniu zadania do planu inwestycji budowlanych, tj. od dnia 18 listopada 2016 r.

Zamawiający wyjaśnił, że nie zna przyczyn konieczności ukończenia robót budowlanych do dnia 20 lutego 2017 r., z uwagi na fakt, że tego typu decyzje zapadają na wyższych szczeblach dowodzenia – w tym przypadku w Ministerstwie Obrony Narodowej.

Ponadto Zamawiający wskazał, że Rozkaz Nr Z-241 jest dokumentem niejawnym o klauzuli „zastrzeżone” i nie może wykonać jego kopii bez uzyskania zgody Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r. Prezes UZP wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania, w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia Prezes UZP, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 131h ust. 1 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 przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Prezesa UZP zauważył, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp *zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą*. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp *zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem*. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) zaistniała wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,

e) nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

W ocenie Prezesa UZP okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym, nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wykazał po pierwsze spełnienia określonej w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej wyjątkowości zaistniałej sytuacji – zlecenie przez inny podmiot wykonania zamówienia w określonym terminie nie stanowi zdarzenia wyjątkowego, powodującego konieczność zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów, określających terminy wykonania zamówienia.

W orzecznictwie oraz doktrynie podkreśla się, że za wyjątkową sytuację, której nie można było przewidzieć, należy uznać zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp¹. Wskazywana przez Zamawiającego okoliczność zdarzenia takiego nie stanowi – jej zaistnienie nie powoduje wystąpienia tak negatywnych skutków jak zaistnienie ww. zjawisk, a sama okoliczność wynika jedynie z działań podjętych przez inny organ.

W ocenie Prezesa UZP nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, *władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.*

¹ Por. uchwała KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15; J. E. Nowicki, *Komentarz do art.67 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, pkt 40, LEX nr 479968.

Powyższy sposób interpretacji został potwierdzony w orzecznictwie KIO (jako przykład Prezes UZP przywołał uchwałę z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. KIO/KD 69/15).

Dalej podkreślono, że przesłanka z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy ma treść oraz charakter zbliżone do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym orzecznictwo dotyczące tego zagadnienia zachowuje swoją aktualność również w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający nie wykazał także spełnienia określonej w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. KIO/KD 26/12), *natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Jak wskazał sam Zamawiający, rozkaz Nr Z-241 otrzymano w dniu 10 listopada 2016 r., natomiast udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nastąpiło w dniu 16 grudnia 2016 r., a więc ponad miesiąc później.*

Ponadto należy zauważyć, iż natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. W uchwale z dnia 6 stycznia 2015 r. (sygn. KIO/KD 115/14) KIO wskazała, iż wymieniona wyżej przesłanka zachodzi, gdy zaistnieje *potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia, podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań*. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał natomiast na żaden interes, który wymagałby ochrony poprzez natychmiastowe udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 3 oraz nie wskazał na żadne negatywne konsekwencje, które mogłyby być skutkiem zaniechania realizacji przedmiotowego zamówienia w ww. trybie.

Reasumując, w ocenie organu kontrolnego, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 131h ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji i protokołu z kontroli.

Zamawiający wskazał, że rozpoczął procedurę wprowadzania kontrolowanego zadania do planu inwestycji budowlanych niezwłocznie po otrzymaniu rozkazu Z-241, co skutkowało jego

zatwierdzeniem w dniu 18 listopada 2016 r. Po wprowadzeniu zadania do planu inwestycji Zamawiający dokonał analizy dotyczącej w szczególności terminów przygotowania dokumentacji przetargowej oraz realizacji zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, jedynym trybem, pozwalającym zachować narzucone terminy, był tryb zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wskazał, że wyjątkowość sytuacji, o której mowa w zastosowanym art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, polegała na:

1. potrzebie realizacji zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na terenie użytkowanego poligonu wojskowego z dostępem wykonawcy do informacji niejawnych;
2. krótkim, narzuconym terminie wykonania robót;
3. współpracy z innymi zamawiającymi, będącymi inwestorami ww. zadania;
4. realizacji przedmiotowego zamówienia na potrzeby użytkownika NATO, co zostało określone odrębną umową międzynarodową.

Odnosząc się do braku przyczyn zaistniałej sytuacji po stronie Zamawiającego, wskazał on na:

1. niemożność przewidzenia konieczności wykonania przedmiotowego zamówienia na terenie będącym w zarządzie Zamawiającego, gdyż dotyczyło ono infrastruktury wojskowej niezbędnej dla obronności kraju, nieplanowanej przed wydaniem rozkazu;
2. wyższą konieczność spowodowaną napiętą sytuacją międzynarodową, z której wynikała potrzeba realizacji przedmiotowego zamówienia;
3. niemożność przewidzenia przez Zamawiającego zamówień, których nie ma w rocznych lub wieloletnich planach.

Odnosząc się do potrzeby natychmiastowego wykonania zamówień, Zamawiający wskazał na:

1. konieczność wykonania zamówienia na skutek rozkazu przełożonego Zamawiającego, z narzuconym bardzo krótkim terminem realizacji;
2. fakt, iż zamówienie dotyczyło robót budowlanych, które wymagały od Zamawiającego wykonania inwentaryzacji w terenie lokalizacji obiektu, sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i programu funkcjonalno-użytkowego oraz przygotowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności Zamawiający podjął niedługo po otrzymaniu rozkazu, co spowodowało, iż od dnia otrzymania rozkazu do dnia udzielenia zamówienia upłynął okres około miesiąca; w związku z powyższym, po wykonaniu ww. czynności do dnia 16 grudnia 2016 r., na udzielenie i realizację przedmiotowego zamówienia Zamawiający miał faktycznie 65 dni (do 20 lutego 2017 r.);

3. wybór wykonawcy, który realizował inne roboty budowlane na wskazanym terenie oraz posiadał dopuszczenie do informacji niejawnych, co pozwoliło na natychmiastowe wejście na plac budowy oraz nieposzerzenie kręgu osób mających dostęp do informacji niejawnych; powyższe miało duże znaczenie dla „uszczelnienia” przepływu informacji niejawnych, związanych z wykonaniem strategicznej infrastruktury wojskowej.

Zamawiający wskazał, że ze względu na technologię robót i minimalny czas potrzebny na realizację przedmiotowego zamówienia w wymiarze 60 dni, każdy inny tryb niż zamówienie z wolnej ręki narażał go na odpowiedzialność wynikającą z opóźnienia w realizacji umów międzynarodowych oraz niewykonania rozkazu, wydanego przez przełożonego.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że w jego opinii nie zachodzi tożsamość przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż stosując art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający realizuje warunki stawiane ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 412), dotyczące potrzeby zawężania do minimum kręgu wykonawców posiadających dostęp do informacji niejawnych.

Zamawiający wskazał również, że – jego zdaniem – natychmiastowe wykonanie zamówienia nie oznacza konieczności jego wykonania „właściwie z dnia na dzień”, lecz wystarczające jest niezwłoczne podjęcie działań zmierzających do realizacji zamówienia, takich jak przygotowanie dokumentacji inwestycji. Jak wskazał Zamawiający, potrzeba wykonania zamówienia w określonych w rozkazie ramach czasowych wynikała z konieczności ochrony interesu Skarbu Państwa – Ministerstwa Obrony Narodowej. Niewywiązanie się z realizacją przedmiotowego zadania w określonym terminie zakłóciłoby budowę „objektu o charakterze strategicznym” i w konsekwencji naraziłoby Skarb Państwa na straty.

W opinii Zamawiającego, należało niezwłocznie podjąć wszelkie niezbędne kroki prowadzące do realizacji przedmiotowego zamówienia, w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji jego niewykonania, co było możliwe tylko przy zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

W pierwszej kolejności powtórzono, iż zlecenie przez inny podmiot wykonania zamówienia w określonym terminie samo w sobie nie stanowi zdarzenia wyjątkowego,

powodującego konieczność zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów, określających terminy wykonania zamówienia. Zatem wyjątkowego charakteru nie miały także wskazywane przez Zamawiającego okoliczności, polegające na:

1. potrzebie realizacji zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na terenie użytkowanego poligonu wojskowego z dostępem wykonawcy do informacji niejawnych,
2. krótkim, narzuconym terminie wykonania robót,
3. współpracy z innymi zamawiającymi, będącymi inwestorami ww. zadania,
4. realizacji przedmiotowego zamówienia na potrzeby użytkownika NATO, co zostało określone odrębną umową międzynarodową,

gdyż ich wystąpienie było bezpośrednio związane z wydaniem rozkazu. W orzecznictwie oraz doktrynie podkreśla się, że za wyjątkową sytuację, której nie można było przewidzieć, należy uznać zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.². Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności zdarzenia takiego nie stanowią, ale okoliczności te wynikają jedynie z działań podjętych przez inny organ.

W ocenie Prezesa UZP nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ponownie przywołano opinię Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego, dotyczących spełnienia przesłanki braku przyczyn zaistniałej sytuacji po stronie zamawiającego, należy zauważyć, iż Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli nie kwestionował jej wystąpienia. Niezależnie od powyższego należy jednak wskazać, że mimo iż Zamawiający nie przyczynił się do powstania zaistniałej sytuacji, to nie miała ona charakteru wyjątkowego, co przesądziło o niemożliwości zastosowania art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie.

Zdaniem Prezesa UZP nie zasługiwał również na uwzględnienie argument Zamawiającego, jakoby w sprawie wystąpiła potrzeba natychmiastowego wykonania

² Por. uchwała KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15; J. E. Nowicki, *Komentarz do art.67 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, pkt 40, LEX nr 479968.

zamówienia w rozumieniu art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na wskazane przez Zamawiającego okoliczności, tj.:

1. konieczność wykonania zamówienia na skutek rozkazu przełożonego Zamawiającego, z narzuconym bardzo krótkim terminem jego realizacji;
2. fakt, iż zamówienie dotyczyło robót budowlanych, które wymagały od Zamawiającego wykonania inwentaryzacji w terenie lokalizacji obiektu, sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i programu funkcjonalno-użytkowego oraz przygotowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności Zamawiający podjął niedługo po otrzymaniu rozkazu, co spowodowało, iż od dnia otrzymania rozkazu do dnia udzielenia zamówienia upłynął okres około miesiąca; w związku z powyższym, po wykonaniu ww. czynności do dnia 16 grudnia 2016 r., na udzielenie i realizację przedmiotowego zamówienia Zamawiający miał faktycznie 65 dni (do 20 lutego 2017 r.);
3. wybór wykonawcy, który realizował inne roboty budowlane na wskazanym terenie oraz posiadał dopuszczenie do informacji niejawnych, co pozwoliło na natychmiastowe wejście na plac budowy oraz nieposzerzenie kręgu osób mających dostęp do informacji niejawnych; powyższe miało duże znaczenie dla „uszczelnienia” przepływu informacji niejawnych, związanych z wykonaniem strategicznej infrastruktury wojskowej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia w krótkim terminie oraz potrzeba poprzedzenia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia ww. czynnościami wynika z samego faktu wydania rozkazu przez przełożonego Zamawiającego, co – jak już wyżej wskazano – samo w sobie nie uzasadnia zastosowania art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż wybór przez Zamawiającego wykonawcy, który realizował inne roboty budowlane na wskazanym terenie oraz posiadał dopuszczenie do informacji niejawnych nie stanowi okoliczności będącej podstawą do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany jest do wyboru wykonawcy posiadającego dostęp do informacji niejawnych, może on wymagać od wykonawców posiadania zdolności do ochrony tych informacji i ich przetwarzania, również w postępowaniach prowadzonych w jednym z trybów podstawowych. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), *w przypadku zamówień publicznych, które wiążą się*

z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, dotyczącego braku tożsamości przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż stosując art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający realizuje warunki stawiane ustawą o ochronie informacji niejawnych, należy zauważyć, co następuje.

Zamawiający, powołując się na szczególny charakter przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, wskazuje na warunki wykonania przedmiotu zamówienia związane z wymogami ustawy o ochronie informacji niejawnych. Podnieść jednak należy, że zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, uregulowane w rozdziale 4a działu III ustawy Pzp, jako takie zostały uregulowane w sposób szczególny z uwzględnieniem ich specyfiki związanej z ochroną informacji niejawnych. Przejawem powyższego są regulacje zawarte w przepisach ustawy Pzp, jak i przywołanego powyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów, pozwalające na ochronę informacji niejawnych. Ustawodawca krajowy idąc w ślad za ustawodawcą unijnym (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE) przewidział w ramach tej szczególnej procedury możliwość stosowania różnych trybów udzielania zamówień publicznych, w tym tryb zamówienia z wolnej ręki. Tryb ten ze swojej natury w sposób najbardziej maksymalny ogranicza konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów stosowne przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie należy traktować jako wyjątkowe. Tożsamość przesłanek ustawowych udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 i art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp sprowadza się do identycznych okoliczności związanych z:

- a) wyjątkowością sytuacji,
- b) brakiem przyczynienia się po stronie zamawiającego do zaistnienia tej sytuacji,
- c) natychmiastowością wykonania zamówienia.

Są to zasadnicze okoliczności uzasadniające możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki – tożsame w obu przywołanych podstawach prawnych.

Ostatnia z okoliczności koniecznych do wykazania dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp to okoliczność braku możliwości

dochowania terminów do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Ustawodawca w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wskazał tutaj na terminy odnoszące się do możliwych do zastosowania w tej szczególnej procedurze, najbardziej konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, tj. przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, podczas gdy takiego ograniczenia w ustawowych przesłankach z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie ma. Różnica ta nie zmienia jednak rozumienia przesłanek udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki. W obydwu procedurach ustawodawca założył bowiem możliwość zastosowania zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy – przy założeniu wykazania powyższych okoliczności, o których mowa w powyższych przepisach – brak jest możliwości zastosowania innych konkurencyjnych trybów udzielania zamówień ze względu na perspektywę czasowe.

O ile należy się zgodzić, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych brak było możliwości udzielenia zamówienia w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, to nie można wykluczyć możliwości zastosowania innych trybów, bardziej konkurencyjnych niż tryb zamówienia z wolnej ręki, np. trybu negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z art. 131h ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp *zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, 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, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.*

W świetle powyższego należy zauważyć, że jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 131h ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, co należy interpretować odmiennie od przesłanki „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o której mowa w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wskazano w uchwale KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., (sygn. KIO/KD 2/15), *ważnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia (...). Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania (...). Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inne niż wolna ręka tryby, mianowicie – tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.*

Nie sposób jest również zgodzić się z przytoczonym przez Zamawiającego rozumieniem pojęcia „natychmiastowe wykonanie zamówienia”. Ugruntowana w orzecznictwie interpretacja przesłanki natychmiastowości wykonania zamówienia oznacza *konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”*. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w *sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji*³. Ponadto w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp mowa jest o potrzebie natychmiastowego wykonania zamówienia, a nie potrzebie natychmiastowego podjęcia działań zmierzających do jego realizacji. W przedmiotowym postępowaniu natomiast, od dnia otrzymania rozkazu przez Zamawiającego do dnia udzielenia zamówienia upłynął ponad miesiąc.

W związku z powyższym niezwłoczne podjęcie przez Zamawiającego działań zmierzających do wszczęcia przedmiotowego postępowania nie jest wystarczające do spełnienia przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia, zawartej w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Podsumowując Prezes UZP stwierdził, iż w zaistniałych okolicznościach faktycznych, Zamawiający nie wykazał spełnienia określonych w art. 13h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp przesłanek wystąpienia wyjątkowej sytuacji oraz potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia.

Ponadto Prezes UZP dodał, że nie kwestionuje potrzeby wykonania poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych, będącego przedmiotem kontrolowanego zamówienia i stanowiącego obiekt o charakterze strategicznym w kontekście obronności i bezpieczeństwa państwa, lecz stwierdza wystąpienie nieprawidłowości o charakterze naruszeń ustawy Pzp przy realizacji tego zamówienia. Zamawiający sam określa swoje potrzeby oraz cele i jest odpowiedzialny za przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym wystąpienie uchybień w tym przedmiocie obarcza Zamawiającego, niezależnie od faktu realizacji poleceń przełożonych.

Odnosząc się do przesłanego do Urzędu Zamówień Publicznych Rozkazu Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych Nr Z-241, poinformowano, iż Prezes UZP zapoznał się z jego treścią, lecz nie miał on wpływu na spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, określonych w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Podsumowując, Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o kontroli stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp. zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

³ Por. uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. KIO/KD 26/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że niewątpliwie możliwość skorzystania z dobrodziejstwa zastosowania trybu z wolnej ręki, bez konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów konkurencyjnych bądź też negocjacyjnych, jest możliwością nadzwyczaj wyjątkową. Dotyczy to również sytuacji przewidzianej w art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, gdzie *zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.*

Przywołany przepis umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją następujące okoliczności:

- a) zaistniała wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przy czym pamiętać należy, iż wymienione przez przepis ten przesłanki muszą być spełnione łącznie, a między nimi musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Możliwość zastosowania przedmiotowego trybu porównać można do stanu opisanego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który umożliwia przeprowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie

zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych powodujących konieczność natychmiastowego 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. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Przy stosowaniu tak art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak i art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp ważnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co niewątpliwie ma istotne znaczenie w rozpoznawanym przypadku. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda, jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest jednak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Ponadto wskazać należy, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia (patrz orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inne niż wolna ręka tryby, mianowicie – tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający odpowiadając na ustalenia kontroli wykazał, że jedynym możliwym do zastosowania trybem był tryb z wolnej ręki.

Niewątpliwie decyzja o potrzebie wykonania prac celem utworzenia poligonowego, polowego, kontenerowego składu środków materiałowych, będącego przedmiotem kontrolowanego zamówienia i stanowiącego obiekt o charakterze strategicznym w kontekście obronności i bezpieczeństwa państwa wynikała z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Możliwe jest również, że potrzeby te w określonym rozmiarze nie były znane Zamawiającemu oraz organom nadrzędnym wcześniej niż moment wydania rozkazu, który zainicjował kontrolowane postępowanie. Zamawiający w zastrzeżeniach powoływał się na napiętą sytuację międzynarodową, która w ocenie Izby, może przemawiać za natychmiastowością wykonania prac, by zabezpieczyć interesy obronne Państwa. Choć niewątpliwie na szybkość prowadzonego postępowania i wybrany przez Zamawiającego tryb decydujący wpływ miał wydany rozkaz przełożonego Zamawiającego, z wyznaczonym krótkim terminem realizacji zadania inwestycyjnego, to wydanie takiego rozkazu poprzedzone zostało analizą sytuacji i ocena zasadności takiej decyzji leży poza kompetencjami organu przeprowadzającego kontrolę. Jeżeli resort odpowiedzialny za bezpieczeństwo Państwa, po analizie sytuacji geopolitycznej Polski na dany moment czasowy, doszedł do wniosku, że prace będące przedmiotem zadania inwestycyjnego są konieczne do wykonania w trybie natychmiastowym, choć nie były wcześniej planowane, a konieczność ich wykonania nie mogła być przewidziana, uzasadniało to zastosowanie przez podmiot będący realizatorem Centralnych Planów Rzeczowych MON trybu z wolnej ręki. Okoliczność napiętej sytuacji politycznej na arenie międzynarodowej przyrównać można do nieprzewidywalnych zdarzeń o charakterze losowym.

Słuszne są twierdzenia kontroli, że wszystkie organy Państwa, w tym także te wykonujące zadania z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, zobowiązane do stosowania ustawy Pzp, winny przestrzegać obowiązujących przepisów prawa w zakresie ich dotyczącym, co w przedmiotowym postępowaniu winno przełożyć się na zagwarantowanie Zamawiającemu, jako podmiotowi odpowiedzialnemu za stan infrastruktury, przeprowadzenie niezbędnych prac inwestycyjnych przy wyborze chociażby trybu negocjacji bez ogłoszenia, w którym przesłanka natychmiastowości wykonania zastąpiona została przesłanką pilności wykonania zamówienia ale tryb ten pozwala na zachowanie zasady konkurencyjności w prowadzeniu postępowania. Jednakże wyjątkowy charakter sytuacji, do powstania której nie przyczynił się Zamawiający, a który wymuszał niejako tryb działań bez zbędnej zwłoki tłumaczy zastosowany tryb.

Dodatkowo Zamawiający w zastrzeżeniach pokontrolnych wspominał o łączących go umowach międzynarodowych, które warunkują konieczność wykonania prac w terminie określonym w rozkazie. Jeżeli wydanie rozkazu i wykonanie prac wiązało się z dotrzymaniem postanowień umów międzynarodowych zawartych w ramach sojuszu NATO i zapewnić miało niezbędne rezerwy materiałowe, co z pewnością przekładało się także na bezpieczeństwo żołnierzy, to wybranie trybu z wolnej ręki należało uznać za uzasadnione. Takie okoliczności, zdaniem Izby, wpisują się w przesłankę szczególnych potrzeb Zamawiającego, których nie mógł on wcześniej przewidzieć.

Do Izby przemawia także argumentacja Zamawiającego odnosząca się do potrzeby ograniczenia kręgu osób mających dostęp do informacji niejawnych i możliwość wyboru wykonawcy, który na danym obiekcie wykonywał już prace i taki dostęp posiada. Zamawiający typując wykonawców do negocjacji mógł nałożyć takie wymogi, co wprost dopuszczają przepisy aktów wykonawczych do ustawy Pzp i sama ustawa. Odpowiedzialny wybór wykonawcy podmiotowo i przedmiotowo zdolnego do wykonania zamówienia jest z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego zadania z dziedziny bezpieczeństwa i obronności państwa niezwykle istotny. Zamawiający wybierając określonych schemat postępowania przez prowadzenie negocjacji z jednym, znanym i sprawdzonym wykonawcą, ograniczył w ten sposób do minimum dostęp podmiotów zewnętrznych do informacji strategicznie istotnych dla sfery swojej działalności.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w kontrolowanym postępowaniu, a Zamawiający nie przyczynił się do zaistniałej sytuacji. Konieczność wykonania zadania wynikała z realizacji zadania powierzonego przez zwierzchników Zamawiającego, z określonym terminem realizacji. Warto nadmienić, iż odpowiednie działania celem polepszenia warunków infrastruktury obronnej nie zawsze da się szczegółowo zaplanować, niejednokrotnie konieczność wykonania prac podyktowana jest dynamicznie zmieniającą się sytuacją międzynarodową. Zamawiający jako wykonawca rozkazu nie posiada także ustawowych uprawnień, które umożliwiłyby mu weryfikację, czy też dochodzenie przyczyn podjęcia określonych decyzji. Nie można zatem

uznać, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, nie stanowiła wyjątkowej i nieprzewidywalnej okoliczności.

Być może możliwe było skorzystanie z innego, bardziej konkurencyjnego, trybu (np. trybu negocjacji bez ogłoszenia). Jednakże kontrola nie wykazała, że Zamawiający byłby w stanie zrealizować powierzone zadanie w wyznaczonym terminie, z jednoczesnym zachowaniem ustawowych terminów dla tego trybu. Poza tym art. 103h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp wspomina o trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem. Tu zaś sam organ prowadzący kontrolę niejako przyznał, że dotrzymanie terminów wyznaczonych w tych trybach i realizacja prac w dacie wyznaczonej w rozkazy była niemożliwa. W ocenie Izby postępowanie Zamawiającego nie nosiło cech zawinienia, Zamawiający podjął niezbędne kroki celem wykonania zamówienia w trybie pilnym natychmiast po otrzymaniu rozkazu, co skład orzekający Izby ocenia pozytywnie. W ocenie Izby konieczne było wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności związanych z uwarunkowaniami geopolitycznymi i dynamiczną sytuacją międzynarodową, co warunkowało działania zgodę z interesem Państwa polskiego oraz konieczność wypełnienia zobowiązań sojuszniczych wobec innych członków NATO.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający wykazał, że uprawniony był do zawarcia umowy z zastosowaniem trybu z wolnej ręki.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 14/18 zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....