

Sygn. akt: KIO/KD 8/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 lutego 2014 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 25 lutego 2014 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie** dotyczących wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wszczętej dnia 15 listopada 2013 roku, w postępowaniu dotyczącym **opracowania projektów wykonawczych przebudowy istniejącej przepławki dla ryb na Stopniu Wodnym Włocławek i monitoringu migracji ryb przez przepławkę, poprzedzonego wykonaniem pomiarów, badań i obliczeń wytrzymałościowych konstrukcji elektrowni z podziałem na etapy: Etap I i Etap II**, wskazujących na naruszenie przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

W dniu 15 listopada 2013 roku, działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Pzp wszczęte zostało postępowanie wyjaśniające w sprawie przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego opracowania projektów wykonawczych przebudowy istniejącej przepławki dla ryb na Stopniu Wodnym Włocławek i monitoringu migracji ryb przez przepławkę, poprzedzonego wykonaniem pomiarów, badań i obliczeń wytrzymałościowych konstrukcji elektrowni z podziałem na etapy: Etap I i Etap II. Zamawiający został wezwany do nadesłania kopii protokołu z przeprowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki oraz kopii umowy zawartej w sprawie przedmiotowego postępowania. Ponadto, Zamawiający został poproszony o szczegółowe uzasadnienie przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1a i pkt 3 ustawy Pzp.

W toku kontroli ustalono, że prace projektowe, dotyczące remontu obiektów stopnia wodnego Włocławek, w tym m.in. remontu (przebudowy) przepławki, realizowane były przez wykonawcę - przedsiębiorstwo Hydroprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie umowy o dzieło z dnia 2 czerwca 2009 r. (Nr 867/PW/223/IP/09) na „projekt budowlany i wykonawczy przebudowy i remontu obiektów Stopnia Wodnego Włocławek: zapory czołowej, systemu kontrolno-pomiarowego (ASTKZ), jazu, śluzy z awanportami oraz przepławki dla ryb – poprzedzony koncepcją rozwiązań projektowych i studium wykonalności”. Realizacja ostatniej części umowy miała zostać ukończona do dnia 10 listopada 2010 r. Umowa została zmieniona ośmioma aneksami. Zgodnie z ostatnim aneksem z dnia 15 lutego 2012 r. termin realizacji umowy został ostatecznie ustalony na 15 grudnia 2011 r.

Zamawiający wskazał, iż w trakcie realizacji prac projektowych, dotyczących przebudowy przepławki dla ryb, pojawiły się nieprzewidywalne trudności w uściśleniu zakresu przebudowy tego obiektu. Zamawiający został zobowiązany do podporządkowania się zaleceniom Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód, działającego przy Ministrze Rolnictwa i Rozwoju Wsi oraz ekspertom FAO. Zgodnie z zaleceniami ww. Zespołu nastąpiła konieczność rozszerzenia zakresu projektu przebudowy przepławki oraz zaprojektowania dodatkowych urządzeń i instalacji do monitoringu migracji ryb po przebudowie przepławki. Dodał, iż SIWZ stanowiąca integralną część umowy nr 867/PW/223/IP/09 nie uwzględniała wielu bardzo istotnych szczegółów do rozwiązania w ramach przebudowy przepławki.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego proces uzgadniania zmian projektu przebudowy istniejącej przepławki na Stopniu Wodnym Włocławek prowadzony był od lipca 2009 r. W pracach uzgodnieniowych brał udział Zamawiający, biuro projektowe eksperta FAO, Zespół ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód działającego przy Ministrze Rolnictwa i Rozwoju Wsi, jak również wybrany w 2009 r. wykonawca projektu przebudowy i remontu obiektów znajdujących się na osi piętrzenia wodnego stopnia wodnego Włocławek – Hydroprojekt Sp. z o.o.

Pismem z dnia 23 września 2011 r. Zamawiający otrzymał zalecenia Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód, działającego przy Ministrze Rolnictwa i Rozwoju Wsi, w którym przekazano ostateczny projekt przebudowy przepławki przekazany przez eksperta FAO.

W dniu 10 listopada 2011 r. Zamawiający wystosował zaproszenie na spotkanie, którego celem było sprecyzowanie zakresu przebudowy pomieszczeń elektrowni dla potrzeb monitoringu ryb w związku ze stanowiskiem Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód, działającego przy Ministrze Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Spotkanie odbyło się w dniu 17 listopada 2011 r. Podczas spotkania użytkownik elektrowni na stopniu wodnym Włocławek - Energa-Hydro Sp. z o.o. zaakceptował koncepcję i założenia do projektu monitoringu przepławki wg stanowiska Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód, działającego przy Ministrze Rolnictwa i Rozwoju Wsi pod warunkiem, że rozpoczęcie realizacji robót nastąpi po ocenie skuteczności funkcjonowania przebudowanej przepławki przeprowadzonej na podstawie analizy wyników obserwacji, badań i pomiarów migracji ryb.

Dnia 7 grudnia 2011 r. w Krajowym Systemie Informatycznym Monitorowania i Kontroli Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności został zarejestrowany wniosek o dofinansowanie projektu pn. Poprawa stanu technicznego i bezpieczeństwa powodziowego Stopnia Wodnego Włocławek, przygotowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, priorytet III, działanie 3.1. Integralną część wniosku stanowił harmonogram realizacji projektu, zgodnie z którym prace projektowe dotyczące projektów wykonawczych przepławki miały zakończyć się do dnia 31 marca 2012 r., zaś prace projektowe dotyczące całości dokumentacji do dnia 20 października 2012 r.

Pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. (znak: L.dz. TH-3/867/PW/37/2011) wykonawca przedstawił ofertę wykonania zamówienia dodatkowego do umowy z dnia 2 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku szacowania wartości zamówienia z wolnej ręki musiał odstąpić od pierwotnie zakładanej wersji udzielenia zamówienia dodatkowego, gdyż nie został spełniony warunek nie przekraczania przez zamówienie dodatkowe łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia.

W dniu 13 stycznia 2012 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki poprzez wystosowanie zaproszenia do negocjacji do wykonawcy - przedsiębiorstwa Hydroprojekt Sp. z o.o. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta w dniu 9 lutego 2012 r.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 umowy z dnia 9 lutego 2012 r., przedmiot zamówienia z wolnej ręki obejmował następujące etapy:

- I. Etap 1: Projekt wykonawczy istniejącej przepławki i projekt wykonawczy I etapu monitoringu przepławki, w dostosowaniu do potrzeb docelowego monitoringu migracji ryb przez przepławkę – część hydrotechniczna, wyposażenie mechaniczne i elektryczne z instrukcjami eksploatacyjnymi, wytycznymi do harmonogramu realizacji robót przebudowy i monitoringu przepławki, z przedmiarami robót, ślepym kosztorysem, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i kosztorysem inwestorskim – termin wykonania zgodnie z §2 ust. 2 umowy do dnia 31 marca 2012 r.,
- II. Etap 2: Projekt wykonawczy docelowego monitoringu migracji ryb przez przepławkę, w tym:
 - a. część 1: wykonanie pomiarów drgań i obliczeń wytrzymałościowych ścian elektrowni do strony przepławki – termin wykonania zgodnie z § 2 ust. 2 umowy do 30 czerwca 2012r.,
 - b. część 2: projekt wykonawczy docelowego monitoringu migracji ryb przez przepławkę: części hydrotechniczna, architektoniczno-konstrukcyjna, wyposażenie mechaniczne i elektryczne, sanitarna, instrukcje eksploatacyjne, wytyczne do harmonogramu realizacji robót przebudowy i monitoringu przepławki, przedmiar robót, ślepy kosztorys, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorys inwestorski - termin wykonania zgodnie z § 2 ust. 2 umowy do 20 października 2012 r.

Zamawiający wskazał na dotychczasowy ciągły udział wykonawcy w pracach, potwierdzający tezę o merytorycznej niepodzielności zadania i uzasadniający udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Zamawiający uzasadniając zastosowanie przepisu z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy podniósł, że wykonanie projektu wykonawczego musi nastąpić w terminie do końca marca 2012 r. Argumentował, że prowadząc postępowanie w trybie przetargu ograniczonego należy się liczyć z okresem trwania postępowania rządu 50 dni (+ 30 dni na odwołania), co uniemożliwi udzielenie zamówienia w terminie pozwalającym na jego realizację. Zamawiający dodał, że gdyby przyjąć, według niego sprzeczną z podanymi wyżej ustaleniami, tezę o możliwości niezwłocznej reakcji na ustalenia z dnia 23 listopada 2011 r. i wszcząć postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, to realny termin zawarcia umowy przypadałby na koniec pierwszej dekady lutego 2012 r., a więc zbyt późno aby zrealizować zamówienie w wymaganym terminie.

Z przekazanych przez Zamawiającego protokołów odbioru przedmiotu umowy z wolnej ręki wynika, że zamówienie zostało wykonane odpowiednio: Etap I został przekazany przez wykonawcę w dniu 29 czerwca 2012 r. (protokół zdawczo-odbiorczy, znak: L.dz. ZP-

930/PW/24/2012); Etap II część 1 został przekazany przez wykonawcę w dniu 6 września 2012 r. (protokół zdawczo-odbiorczy, znak: U-JRP-2132/14/18/12); Etap II część 2 został przekazany przez wykonawcę w dniu 30 kwietnia 2013 r. (protokół zdawczo-odbiorczy, znak: L.dz. ZP-930/PW/11/2012 i L.dz. ZP-930/PW/12/2013). Zaś zamawiający w dniu 26 kwietnia 2013 r. (pisma znak: U-JRP-2132/14/35/12 i U-JRP-2132/14/36/12) potwierdził kompletność opracowań wykonanych na podstawie umowy z wolnej ręki.

Umowa o dofinansowanie projektu „*Poprawa stanu technicznego i bezpieczeństwa powodziowego Stopnia Wodnego Włocławek*” i określająca zasady dofinansowania Projektu została zawarta w dniu 19 grudnia 2012 r. (nr POIS.03.01.00-00-012/11-00). Zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik nr 3 do ww. umowy przygotowanie dokumentacji projektowej powinno zakończyć się do dnia 31 marca 2013 r.

W dniu 28 stycznia 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli. W ramach tej informacji powiadomił Zamawiającego, że stwierdził następujące naruszenia ustawy art. 67 ust. 1 pkt 1a i pkt 3 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu z wolnej ręki.

W protokole z kontroli zauważono, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy 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 łącznego 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.

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. 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)].

Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego. Usługi projektowe nie są usługami tak specyficznymi aby przyjąć, że jedynie wybrany wykonawca, tj. przedsiębiorstwo Hydroprojekt Sp. z o.o. mogło wykonać przedmiotowe zamówienie. Sam Zamawiający przeprowadził uprzednio przetarg nieograniczony dotyczący umowy pierwotnej zawartej w dniu 2 czerwca 2009 r., w którym zostały złożone dwie oferty. Potwierdza to, że rynek wykonawców świadczących usługi projektowe jest konkurencyjny, istnieją także inne podmioty zdolne do realizacji zamówienia. Okoliczność doświadczenia zdobytego przez Wykonawcę przy realizacji umowy pierwotnej nie stanowi obiektywnej przesłanki technicznej wykluczającej realizację zamówienia przez inne podmioty niż dotychczasowy wykonawca.

Niemożliwa do przyjęcia jest również argumentacja Zamawiającego, uzasadniająca zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą 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 udzielenia zamówienia. Wystarczy żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona aby uznać, że Zamawiający niezasadnie zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający nie wykazał, iż zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub

podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. W przedmiotowej sprawie nie doszło do nagłego i niespodziewanego dla Zamawiającego wydarzenia skutkującego koniecznością zmiany koncepcji wykonania dokumentacji projektowej, dotyczącej budowy przepławki dla ryb na stopniu wodnym Włocławek. Konsultacje prowadzone z Zespołem ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód oraz ekspertem FAO stanowiły bowiem proces, znany Zamawiającemu już w 2009 r., mający swój epilog w przekazaniu ostatecznego stanowiska Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód pismem z dnia 23 września 2011 r.

Za sytuację wyjątkową oraz nieprzewidywalną nie można też uznać konieczności rozliczenia środków w ramach POIiŚ (Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko) w określonym terminie, w niniejszej sprawie do dnia 31 marca 2012 r. W ocenie Prezesa Urzędu, zawarcie umowy o dofinansowanie zamówienia ze środków Unii Europejskiej, z określeniem terminu realizacji zamówienia, nie może być za taką uznana, albowiem jest sytuacją występującą na rynku i nie wykracza poza przewidziane obowiązującym prawem procedury ich otrzymywania i wydatkowania. Inaczej mówiąc, zasady przyznania takich środków są uregulowane prawnie i dotyczą wielu podmiotów występujących o takie środki.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie wskazują, aby zaistniała sytuacja nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Należy podnieść, że wskazywany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia z wolnej ręki (koniec marca 2012 r.), wynikający z harmonogramu stanowiącego załącznik nr 5 do wniosku o dofinansowanie projektu z dnia 7 grudnia 2011 r., miał swoje źródło w zobowiązaniach, które przyjął na siebie sam Zamawiający. W konsekwencji, Zamawiający jako beneficjent i autor wniosku o dofinansowanie był świadomy konieczności dochowania terminów przekazania dokumentacji.

Nie można uznać, iż w przedmiotowej sprawie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Za natychmiastową wykonalnością zamówienia nie przemawia konieczność realizacji zamówienia w określonym terminie wynikającym z wniosku, czy też umowy o dofinansowanie. Nie ma bowiem obowiązku starania się o ww. środki oraz ich wydatkowanie. Należy zauważyć, że Zamawiający powinien być świadomy groźby utraty środków oraz na jakich warunkach środki te są dostępne.

Z przekazanych przez Zamawiającego protokołów odbioru przedmiotu umowy z wolnej ręki wynika, że wszystkie terminy realizacji zamówienia określone w umowie z wolnej ręki zostały przekroczone. Zamówienie z wolnej ręki zostało wykonane odpowiednio: etap I został przekazany przez wykonawcę po 90 dniach od terminu wykonania

wskazanego w umowie z wolnej ręki, etap II część 1 został przekazany przez wykonawcę po 68 dniach od terminu wykonania wskazanego w umowie z wolnej ręki, etap II część 2 został przekazany przez wykonawcę po 192 dniach od terminu wykonania wskazanego w umowie z wolnej ręki. Powyższe potwierdza, że terminy realizacji dokumentacji projektowej wynikające z wniosku o dofinansowanie nie były ostateczne, szczególnie w sytuacji, że ostatecznie doszło do zawarcia umowy o dofinansowanie projektu pomimo przekroczenia ww. terminów.

Zwrócono uwagę, na odstęp czasu pomiędzy otrzymaniem rekomendacji Zespołu ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód (23 września 2011 r.) a zaproszeniem na spotkanie uzgodnieniowe z dnia 10 listopada 2011 r. Termin ten wyniósł 48 dni, tym samym nie może zostać uznany za spełniający kryteria natychmiastowej reakcji Zamawiającego. Należy wskazać, iż natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność reakcji Zamawiającego „szybciej niż pilnie, czyli „z dnia na dzień”. Okoliczności faktyczne sprawy nie potwierdzają jednak, aby Zamawiający w niniejszej sprawie dokonał szczególnie szybkiej reakcji.

Odnosząc się twierdzenia Zamawiającego, że prowadząc postępowanie w trybie przetargu ograniczonego należy się liczyć z okresem trwania postępowania rzędu 50 dni (+ 30 dni na odwołania), należy stwierdzić, iż terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego mogą zostać z uwagi na pilną konieczność udzielenia zamówienia skrócone, a wówczas wynoszą one 10 lub 15 dni na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu (w zależności od sposobu przekazania ogłoszenia o zamówieniu) oraz 10 dni na składanie ofert. Należy dodać, że w przypadku skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, Zamawiający miał uprawnienie do wnoszenia o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania (art. 183 ust. 2 ustawy).

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie w chwili wszczęcia postępowania zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pkt i 3 ustawy. Tym samym, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

W dniu 5 lutego 2014 roku Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podtrzymał swoje stanowisko, że uzasadnieniem zastosowania przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest merytoryczna niepodzielność zadania, jakim jest projekt budowlany przebudowy przepławki

z integralnie związanymi szczegółami elementów wyposażenia przepławki w projekcie wykonawczym oraz z parametrami konstrukcyjnymi przepławki określonymi w projekcie budowlanym.

Zamawiający zauważył dodatkowo, że uzasadnieniem wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, była konieczność wykonania projektów wykonawczych przepławki w terminie do 31 marca 2012 r.

Zdaniem Zamawiającego nie miał on wpływu na czas trwania i przebieg procedur uzyskiwania kolejnych decyzji administracyjnych. Uzasadnieniem wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego jest nadrzędny interes publiczny poprawy stanu technicznego i bezpieczeństwa powodziowego Stopnia wodnego we Włocławku.

Reasumując, wskazano, że przedstawione argumenty oraz okoliczności wskazują, że w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz zaistniały łącznie wszystkie okoliczności uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wnoszono o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uwag do wyników kontroli.

W dniu 17 lutego 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiedział na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania i wskazał, że nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń w związku z powyższym na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stwierdzono, iż Zamawiający zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego jak i zastrzeżeń od wyniku kontroli nie wyjaśnił na czym wskazywana niepodzielność zadania polega w sytuacji, w której przedmiotem zamówienia są usługi projektowe, które nie są usługami tak specyficznymi aby przyjąć, że inni wykonawcy mając dostęp do zgromadzonej dokumentacji projektowej nie byłoby w stanie ich zrealizować.

Jak zostało to wykazane w informacji o wyniku kontroli, a nie zakwestionowane w zastrzeżeniach, termin wykonania prac do 31 marca 2012 roku wynikał ze zobowiązań przyjętych na siebie przez samego Zamawiającego oraz nie był nieprzekraczalny, a tym samym możliwe było przeprowadzenie postępowania w trybie otwartym na wykonanie przedmiotowych usług.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest także dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań

podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiający przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Co do argumentacji o nadrzędnym interesie publicznym, dla którego zachowania konieczne było wykonanie przedmiotowego zamówienia w wybranym przez Zamawiającego trybie, Kontrolujący wskazał, że Prezes Urzędu nie kwestionuje, że wykonanie przedmiotowej inwestycji znajduje się w interesie publicznym, pragnie jednak zauważyć, że jako wyjątkową sytuację należy rozumieć wyłącznie zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzenia losowe, awarie, klęski żywiołowe, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Za takie okoliczności, jak zostało to wskazane w informacji o wyniku kontroli, nie można uznać konsultacji z Zespołem ds. Ochrony i Rozwoju Żywych Zasobów Wód, czy też konieczności wykonania dokumentacji projektowej do 31 marca 2012 r., z uwagi na zobowiązania przyjęte przez Zamawiającego we wniosku o dofinansowanie projektu pn. Poprawa stanu technicznego i bezpieczeństwa powodziowego Stopnia Wodnego Włocławek, przygotowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, priorytet III, działanie 3.1.

W podsumowaniu stwierdzono, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie i podtrzymano stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, przyjęła za własne ustalenia poczynione przez Kontrolującego odnośnie stanu faktycznego, podzielono również stanowisko Kontrolującego w sprawie stwierdzonego naruszenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że niewątpliwie możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 67 ustawy Pzp celem 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. 67 ust. 1

pkt 3 ustawy Pzp, kiedy 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 udzielenia zamówienia. 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.

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, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Przy stosowaniu powyższego przepisu 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 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.

W kontrolowanym postępowaniu, zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego, iż wykonanie prac projektowych było zadaniem pilnym z uwagi na wskazywane przez Zamawiającego uwarunkowania, natomiast nie było to zadanie wymagające natychmiastowego wykonania.

Należy również podkreślić, iż 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. Abstrahując od oceny, czy z taką sytuacją mamy do czynienia w kontrolowanym postępowaniu, a Zamawiający nie przyczynił się do zaistniałej sytuacji, konieczność wykonania zadania Zamawiający mógł i powinien był przewidywać. Problemy z realizacją wykonania przedmiotowych prac były znane Zamawiającemu już de facto w momencie zawarcia umowy podstawowej, ponieważ już wtedy pojawiła się konieczność dostosowania projektów do zakresu objętego projektem o dofinansowanie. Nie można zatem uznać, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że niemożliwe było skorzystanie z innego trybu i dochowanie terminów przewidzianych ustawą ze względu na pilną potrzebę wykonania zamówienia. Jak słusznie zauważył Kontrolujący, ustawa Pzp daje Zamawiającemu możliwość skorzystania z trybów konkurencyjnych z jednoczesną możliwością skrócenia terminów z uwagi na pilną konieczność udzielenia zamówienia. Takiej możliwości Zamawiający nie rozważył.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp stwierdzić należy, że treść tego przepisu wskazuje na możliwość jego zastosowania w przypadku gdy tylko jeden wykonawca może wykonać czy to usługę, czy to dostawę, czy też robotę budowlaną. Wyznacznikiem do zakwalifikowania zamówienia do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez jednego wykonawcę są przyczyny techniczne o charakterze obiektywnym. W kontrolowanym postępowaniu nie można stwierdzić, że przyczyny wyboru trybu z wolnej ręki miały charakter obiektywny. Zamawiający dokonał wyboru trybu kierując się raczej swoim subiektywnym przekonaniem.

Opis przedmiotu zamówienia, ustalony w toku kontroli, wskazuje na typowe obowiązki projektowe nałożone na wykonawcę. Owszem, jest to dość złożone zamówienie - chociażby z uwagi na raczej nietypowy przedmiot zamówienia, ale powyższe nie oznacza, że zadaniu projektowemu i wykonaniu odpowiedniej i prawidłowej dokumentacji nie podołałby inny wykonawca. Nie przekonywująca jest również argumentacja Zamawiającego co do tego, że tylko ten wykonawca może zapewnić odpowiedni poziom wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ od początku zaangażowany był w prace zespołu opiniującego. Zamawiający nie wskazał na żadne obiektywne elementy, czy też techniczny charakter dokumentacji projektowej, który powodowałby, że prace może czy ma prawo przeprowadzić tylko jeden wykonawca, a nie wykonawca wyłoniony w drodze procedury przetargowej. Zamawiający nie wskazał na żadne przyczyny techniczne czy to tkwiące w samych pracach projektowych, czy to tkwiące w specyfice jej dokumentacji, które miałyby charakter obiektywny wymuszający realizację zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Słusznie Zamawiający podkreśla, że to on decyduje o potrzebach i sposobie realizacji zamówienia i wszelkich wymogach, oczekiwaniach jakie ma spełnić przedmiot zamówienia, ale to nie daje Zamawiającemu prawa do zastosowania zamówienia publicznego z wolnej ręki, jeżeli zamówienie mogą wykonać także inni wykonawcy, a na co wskazuje opis przedmiotu zamówienia.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał na czym polega specyfika zamówienia powodująca, że z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym tylko jeden wykonawca wykona przedmiotowe zamówienie zgodnie z jego opisem.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 8/14 nie 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:

.....

.....