

sygn. akt: KIO/KD28/14

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 15 kwietnia 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 marca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego –**PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie (00-848), przy ul. Żelaznej 59a**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 marca 2014 r., znak sprawy: UZP/DKD/WKZ/421/3(5)/14/KS, KNZ/3/14, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Naprawa rewizyjna 27 wagonów osobowych typu 154A, 111Arow oraz 111A**”,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

|                        |                         |
|------------------------|-------------------------|
| <b>Przewodniczący:</b> | <b>Daniel Konicz</b>    |
| <b>Członkowie:</b>     | <b>Emil Kawa</b>        |
|                        | <b>Marek Koleśnikow</b> |

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie.**

## **UZASADNIENIE**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Ustawą PZP”, w okresie od dnia 14 stycznia 2013 r. do dnia 29 stycznia 2014 r., dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, przeprowadzonego przez Zamawiającego – PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie (00-848), przy ul. Żelaznej 59a, którego przedmiotem była „Naprawa rewizyjna 27 wagonów osobowych typu 154A, 111Arow oraz 111A” (dalej: „Postępowanie”).

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” z dnia 10 marca 2014 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3w zw. z art. 134 ust. 6 pkt 1 Ustawy PZP oraz art. 10 ust. 2 Ustawy PZP.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP, zgodnie z którą, cytując: „Zamawiający może udzielić 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 określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.”.

Wobec powyższego Prezes UZP skonstatował, że możliwość zastosowania opisanej powyżej podstawy udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest łączne zjawisko następujących okoliczności:

- a) 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 określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Kontrolujący zaznaczył, że pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowy oraz czasowy. Podkreślił przy tym, że norma zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP stanowi przeniesienie na grunt krajowego systemu prawnego treści art. 31 pkt 1 lit. c Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną”. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia nie mogą być dotrzymane; zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu.

Jak wynika z dokumentacji otrzymanej przez Izbę Zamawiający – pismem z dnia 24 lutego 2011 r. – zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu Postępowania wskazując w uzasadnieniu okoliczności uzasadniające – w jego ocenie – udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP.

Zamawiający przede wszystkim wskazał, że w okresie poprzedzającym wszczęcie Postępowania (grudzień 2010 r. – styczeń 2011 r.) panowały ciężkie warunki atmosferyczne (opady śniegu, obecnie rzadko występujące tak niskie ujemne temperatury), które spowodowały zwiększenie awaryjności eksploatowanego taboru kolejowego (z 13% do 25% ogólnej liczby wykorzystywanego taboru). Wobec tego Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 134 ust. 5 pkt 1 Ustawy PZP, w dniu 11 stycznia 2011 r. wszczął cztery postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, obejmujące łącznie naprawę rewizyjną 121 wagonów kolejowych, o czym zawiadomił Prezesa UZP odrębnym pismem (bez daty).

Zamawiający oświadczył, że po przeprowadzeniu negocjacji z wybranymi wykonawcami tylko jeden z nich zdecydował się złożyć ofertę, która wszak zawierała cenę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego. W konsekwencji postępowanie,

w którym złożona została oferta unieważniono na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP. W związku z niepowodzeniem opisanych powyżej działań konieczne stało się natychmiastowe wykonanie zamówienia, które – z uwagi na wymóg posiadania przez punkt naprawczy odpowiedniego wyposażenia technicznego, wykwalifikowanego personelu i pozostałe wymogi technologiczne, a nadto ze względu na skalę niezbędnych napraw, których natychmiastowe wykonanie było nieodzowne – nie mogło zostać wykonane siłami Zamawiającego, co implikowało konieczność zlecenia jego wykonania podmiotowi trzeciemu.

Zwrócono również uwagę na charakter awarii (zestawy kołowe, instalacje wodne, przebicia elektryczne o dużym zakresie), który powodował, że prognozowany czas naprawy bardzo często był zbieżny z upływem okresu ważności świadectwa sprawności technicznej, kwalifikując wagon do naprawy rewizyjnej. Zaistniałe okoliczności spowodowały ponadnormatywny wykorzystanie pozostałych czynnych (sprawnych) wagonów, co w konsekwencji wpłynęło na gwałtowny, nadzwyczajny wzrost ich przebiegów, powodując osiągnięcie w bardzo krótkim czasie (krótszym niż można to było przewidzieć) wartości granicznych, kwalifikujących wagony do naprawy rewizyjnej zgodnie z cyklem utrzymaniowo-naprawczym.

Zamawiający podsumował, że niespotykana dotąd skala awaryjności taboru, która wystąpiła gwałtownie, w bardzo krótkim czasie, jak i charakter awarii oraz usterek, a co za tym idzie brak niezbędnej liczby sprawnych wagonów do zapewnienia właściwej liczby wagonów w składach pociągów zgodnie z rozkładem jazdy, połączona z unieważnieniem postępowania, które dotyczyło omawianego przedmiotu zamówienia, przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, wymusiło podjęcie natychmiastowych działań w celu zapobieżenia odwoływania pociągów m. in. w okresie Świąt Wielkanocnych.

W ocenie Zamawiającego wskazanych powyżej okoliczności nie dało się wcześniej przewidzieć w sposób obiektywny, nawet przy dołożeniu należytej staranności, a zaistniała sytuacja była wyjątkowa. Zamawiający zaakcentował przy tym, że posiada duże doświadczenie w zakresie prowadzonej działalności, jednak wystąpienie opisanej sytuacji w normalnym stanie rzeczy było bardzo mało prawdopodobne. Zamawiający przyznał, iż samo występowanie pojedynczych awarii wagonów jest zjawiskiem normalnym, jednak we wskazanym powyżej okresie skala opisanego zjawiska była nieporównywalnie większa niż w poprzednich analogicznych okresach, a przez to nie do przewidzenia. Okoliczności te nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i miały charakter zewnętrzny. Zamawiający nie mógł też przewidzieć unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie

negocjacji bez ogłoszenia. Spowodowały one również konieczność natychmiastowego udzielenia przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego niepodjęcie stosowanych działań spowodowałoby powstanie negatywnych skutków, które przejawiałyby się w realnym zagrożeniu dla prawidłowego świadczenia przez Zamawiającego powszechnych usług przewozowych, a przez to powstaniu ogromnych kosztów społecznych. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że udzielenie zamówienia musiało nastąpić natychmiast, stąd brak możliwości udzielenia go z zastosowaniem terminów, nawet maksymalnie skróconych, przewidzianych dla innych trybów udzielania zamówień publicznych.

Kontrolujący krytycznie ocenił przedstawioną przez Zamawiającego argumentację. Przede wszystkim wskazał, że okoliczności stanu faktycznego (występowanie określonych zjawisk atmosferycznych – ujemne temperatury, czy opady śniegu) nie mogły zostać uznane za sytuację wyjątkową, gdyż zjawiska takie są charakterystyczne dla danego regionu (typowe dla danej szerokości geograficznej) i mają powtarzalny charakter. Skonkludował, że określona regularność występowania powyższych zjawisk powoduje, iż nie można uznać ich za sytuację wyjątkową, a zarazem pozbawia je również cechy okoliczności nieprzewidywalnej. Za nieprzewidywalną Kontrolujący nie uznał również sytuacji, w której profesjonalny podmiot działający w branży transportu kolejowego nie może przez pewien okres korzystać z części posiadanego taboru. Zamawiający, prowadząc tego typu działalność, musi się liczyć z ewentualnym wyłączeniem z eksploatacji części taboru, którym dysponuje zarówno w związku z występowaniem awarii, czy innych nagłych zdarzeń, jak również na skutek tymczasowego wyłączenia z eksploatacji, wynikającego z wymagań związanych z koniecznością przeprowadzenia planowych przeglądów technicznych. Jako nieprzewidywalnej nie można było zatem potraktować także okoliczności skierowania taboru do napraw rewizyjnych, których terminy wykonania wynikały z określonego cyklu przeglądowego, mierzonego bądź upływem czasu, bądź przebiegiem. Konieczność wykonania zamówienia na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, powinna mieć – w ocenie Prezesa UZP – charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług (zaistnienia określonej sytuacji). Tymczasem niezbędność dokonania napraw poszczególnych elementów taboru, wynikająca z określonego cyklu przeglądowego, jak również okoliczności warunkujące skierowanie taboru do naprawy były Zamawiającemu znane. Wobec powyższego Kontrolujący stwierdził, że nie została spełniona przesłanka nieprzewidywalności, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP.

Prezes UZP stwierdził również, że przyczyny zaistnienia sytuacji, która skłoniła Zamawiającego do wszczęcia Postępowania leżały częściowo po jego stronie, bowiem miał możliwość określenia, chociażby w przybliżeniu, jaka część taboru i w jakim czasie wymagać będzie napraw rewizyjnych. O tym, że Zamawiający w niewystarczającym stopniu przygotował się do sytuacji, w której zaistniała potrzeba przeprowadzenia napraw rewizyjnych świadczy – w przekonaniu Kontrolującego – fakt, iż konieczność ich przeprowadzenia ujawniła się już w grudniu 2010 r., a więc niespełna kilka tygodni od nadejścia warunków atmosferycznych właściwych dla pory zimowej.

W informacji stwierdzono również, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający, jako uzasadnienie dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, wskazał możliwość zaistnienia konieczności odwoływania niektórych kursów pociągów. Okolicznościom tym Prezes UZP nadał charakter organizacyjny lub gospodarczy, wobec czego stwierdził, że nie mogły one uzasadniać odstępstwa od zasad określonych w Ustawie PZP oraz ograniczania praw podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurencji o udzielenie zamówienia na równych warunkach. Zagrożenie interesu ekonomicznego Zamawiającego, wynikające z opisanych powyżej zdarzeń, nie mogło zatem uzasadniać skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP, bowiem byłoby to sprzeczne z zasadą stosowania ścisłej wykładni do wyjątków.

W dniu 17 marca 2014 r., a zatem z zachowaniem ustawowego terminu, Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej (dalej: „Zastrzeżenia”), w których zakwestionował ustalenia Kontrolującego odnośnie braku przesłanek do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP.

Wskazał, że przed wszczęciem Postępowania wszczął cztery postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o czym poinformował Prezesa UZP pisemnie. Podkreślił, że owe postępowania (w tym także to, którego „kontynuację” stanowiło kontrolowane Postępowanie) były przedmiotem wyjaśnień składanych przez Zamawiającego, na skutek wystąpienia Kontrolującego z dnia 4 marca 2011 r. Zamawiający podkreślił, że udzielił wówczas – pismem z dnia 18 marca 2011 r. – wyczerpujących wyjaśnień uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, które to zostały przyjęte. Zaznaczył, że postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na wykonanie naprawy rewizyjnej 27 wagonów osobowych zostało unieważnione, stąd koniecznym stało się wszczęcie kolejnego postępowania, tym razem w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W Zastrzeżeniach podkreślono, że występująca w przedmiotowym stanie faktycznym sytuacja była wyjątkowa, ponieważ długotrwałe i bardzo ciężkie warunki atmosferyczne (długotrwałe utrzymujące się temperatury poniżej zera, niespotykane w okresie wielu poprzednich lat wyjątkowo intensywne opady śniegu, utrzymujący się długo porywisty wiatr) nie są zjawiskiem typowym (zwyczajnym) nawet jak na warunki pogodowe charakterystyczne dla Polski. To zaś ograniczyło możliwości skutecznego usuwania powstających w dużo większej niż normalnie liczbie usterek. Naprawy te musiały być w zdecydowanej większości przypadków dokonywane na zewnątrz (na „wolnym powietrzu”), co z kolei zostało spowodowane nagłym i nieprzewidywalnym spiętrzeniem liczbie wagonów w naprawach, uniemożliwiając tym samym dokonywanie prac w zamkniętych halach. Fakt ten w konsekwencji spowodował wydłużenie czasu dokonywania napraw o kilka tygodni w stosunku do warunków normalnych, uniemożliwiając dalszą eksploatację wagonów w poszczególnych składach pociągów. Awaryjność taboru użytkowanego przez Zamawiającego wystąpiła – jak wskazano w zawiadomieniu o wszczęciu Postępowania – na niespotykaną dotychczas skalę, bowiem liczba wagonów wyłączonych z eksploatacji wagonów wzrosła z dotychczasowego poziomu 13% do blisko 25%. Zamawiający ponownie wskazał na charakter awarii i szybsze zużywanie sprawnego taboru w newralgicznym okresie.

Odnosnie braku możliwości przewidzenia opisanej sytuacji stwierdzono, że jakkolwiek Kontrolujący trafnie wskazał w Informacji, iż samo występowanie pojedynczych awarii wagonów i wyłączeń taboru jest zjawiskiem normalnym, tym niemniej w okresie wskazanym przez Zamawiającego (grudzień 2010 r. – styczeń 2011 r.) skala tego zjawiska była nieporównywalnie większa niż w poprzednich analogicznych okresach, a przez to nie do przewidzenia. Okoliczności te nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i miały charakter zewnętrzny.

Zamawiający zaprzeczył także twierdzeniom, jakoby wybór trybu zamówienia z wolnej ręki miał być podyktowany zagrożeniem jego interesu ekonomicznego. Fundamentalne znaczenie miała w tym przypadku konieczność zapewnienia niezbędnej liczby sprawnych wagonów do zestawienia składów pociągów obsługujących pasażerów zgodnie z przyjętym rozkładem jazdy. Zamawiający musiał podjąć natychmiastowe działania w celu zapobieżenia późniejszego odwoływania pociągów, co wiązało się także z prowadzoną przezeń obowiązkową sprzedażą biletów. Podkreślił, że jest podmiotem, który świadczy usługi o charakterze publicznym, przez co m.in. ciąży na nim obowiązek zapewnienia ciągłości przewozów międzywojewódzkich. Niepodjęcie stosownych działań spowodowałoby powstanie bardzo negatywnych skutków, które przejawiałyby się w realnym

zagrożeniu dla prawidłowego świadczenia przez Zamawiającego powszechnych usług przewozowych, a przez to w powstaniu ogromnych kosztów społecznych, a nie tylko negatywnych skutków dla interesu ekonomicznego Zamawiającego. Przedmiotowe wagony były niezbędne Zamawiającemu w celu zabezpieczenia bieżących potrzeb, związanych w szczególności z koniecznością zapewnienia odpowiedniego taboru w okresie świątecznego szczytu (Święta Wielkanocne). Konieczność „natychmiastowego” wykonania zamówienia i zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego należy zatem zawsze oceniać z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku, a także specyfiki i charakteru działalności konkretnego Zamawiającego.

W odpowiedzi – pismem z dnia 31 marca 2014 r. – Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji stanowisko odnosząc się negatywnie do argumentów zawartych w Zastrzeżeniach. Dodał przy tym, że wystąpienie wskazywanych przez Zamawiającego ewentualnych kosztów społecznych nie stanowiło przyczyny wszczęcia Postępowania, lecz byłoby następstwem zaniechań Zamawiającego. Zdaniem Kontrolującego to na Zamawiającym, jako przedsiębiorcy zobowiązanym do świadczenia określonych usług, ciąży obowiązek dochowania należytej staranności w zakresie prowadzonej przez siebie działalności w takim stopniu, aby świadczenie tych usług było możliwe. Jednocześnie zauważono, że zagrożenie interesu ekonomicznego Zamawiającego wynikające z takich zdarzeń nie może uzasadniać skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP.

Wobec powyższego Prezes UZP, w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zdanie drugie Ustawy PZP, przekazał Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że choć postępowanie Zamawiającego z pewnością nie można nazwać modelowym, to jego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie z przyczyn, o których mowa poniżej.



Nie sposób nie zgodzić się z Kontrolującym, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP stanowi – obok innych przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki – wyjątek od zasady prymatu konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, wynikającej z przepisu art. 10 ust. 1 Ustawy PZP. Nie może również ulegać wątpliwości, że w konsekwencji przepisy dotyczące możliwości stosowania niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówień winny być interpretowane ściśle. Powyższe nie uprawnia jednak do takiej interpretacji przepisów Ustawy PZP, która czyni korzystanie z jej instytucji (*ad casum* – udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki) niezwykle utrudnionym, czy wręcz niemożliwym.

Odnosząc się do wskazanych przez Kontrolującego w treści Informacji przesłanek wynikających z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP należy stwierdzić, co następuje.

- I. Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć

Omawianą przesłankę, w ocenie Izby, wypełniły powoływane przez Zamawiającego trudne warunki pogodowe panujące w okresie od grudnia 2010 r. do stycznia 2011 r. Jednocześnie zauważyć należy, że argumentacja Prezesa UZP dotycząca bezzasadności odwoływania się do wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności sprowadzała się zasadniczo do twierdzenia o typowości określonych zjawisk atmosferycznych w naszej szerokości geograficznej, co uznać należy za dalece niewystarczające.

Analiza powszechnie dostępnych materiałów informacyjnych potwierdziła bowiem stanowisko Zamawiającego. Zgodnie z raportem pogodowym Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie pn.: „Podsumowanie zimy 2010/2011” „[...]Biorąc pod uwagę klasyfikację warunków termicznych, tegoroczną zimę [tj. zimę 2010-2011 – przyp. Izby]w Polsce należy zaliczyć do zim bardzo chłodnych (jest to 3. klasa w 5 stopniowej klasyfikacji termicznej zim poniżej normy). Zima 2010/11 była drugim z kolei sezonem zimowym, który klasyfikowany był jako chłodniejszy od normy w skali kraju i poszczególnych regionów. Taka sytuacja wcześniej miała miejsce w przypadku sezonów 2004/5 i 2005/6, 1984/85 i 1986/87[...]”<sup>1</sup>.

Odnosząc się *stricte* do warunków atmosferycznych panujących w okresie powoływanym przez Zamawiającego w treści Zastrzeżeń (grudzień 2010 r. – styczeń

---

<sup>1</sup>Raport pogodowy pn.: „Podsumowanie zimy 2010/2011”, str. 1, dostępny na stronie internetowej serwisu pogodowego IMGW w Warszawie [www.pogodynka.pl](http://www.pogodynka.pl).

2011 r.), na podstawie wskazanych powyżej danych statystycznych, należy zauważyć, że miesiąc grudzień 2010 r. sklasyfikowany był jako ekstremalnie chłodny (5 klasa w 5-stopniowej klasyfikacji termicznej zim poniżej normy), natomiast styczeń 2011 r. – jako termicznie normalny<sup>2</sup>. Nie sposób jednak pominąć, że w lutym 2011 r., kiedy to prowadzone było Postępowanie doszło po raz kolejny do pogorszenia warunków atmosferycznych (miesiąc sklasyfikowano jako bardzo chłodny – 4 klasa w 5 stopniowej klasyfikacji termicznej zim poniżej normy)<sup>3</sup>.

O wyjątkowości sytuacji, którą napotkał Zamawiający, a która także wymagała natychmiastowego wykonania zamówienia świadczy również okoliczność, że Zamawiający – w okresie poprzedzającym kontrolowane Postępowanie – wszczął, w dniu 11 stycznia 2011 r., cztery postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na naprawę rewizyjną 121 wagonów kolejowych, obejmujące m.in. przedmiot zamówienia w skontrolowanym Postępowaniu. Można mieć, co prawda, wątpliwości, czy zasadny był wówczas wybór jednego z mniej konkurencyjnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który ze swej natury (m.in. z uwagi na zaproszenie do negocjacji ograniczonego kręgu wykonawców w stosunku do liczby podmiotów funkcjonujących na rynku, którzy byliby zdolni do realizacji zamówienia) zwiększa prawdopodobieństwo chociażby zaistnienia okoliczności, na podstawie której unieważniono te postępowania (otrzymanie ofert z ceną, która przekraczała możliwości finansowe Zamawiającego), tym niemniej pozytywnie należy ocenić sam fakt podjęcia przez Zamawiającego wcześniejszych starań o zapobieżenie sytuacji, która mogła mu w niedalekiej przyszłości uniemożliwić prawidłowe funkcjonowanie.

Nie bez znaczenia jest również – zdaniem Izby – okoliczność, że także wspomniane powyżej postępowania prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia były przedmiotem zainteresowania Kontrolującego, który – otrzymawszy od Zamawiającego zawiadomienie o ich wszczęciu – zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie dokumentacji postępowań, w tym m.in. kopii protokołów postępowań i umów, bądź ich wzorów i udzielenie stosownych wyjaśnień dotyczących kwestii poruszonych w treści tej korespondencji (zob.: pismo Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP z dnia 4 marca 2011 r., w aktach kontroli). Istotne jest przy tym, że Zamawiający – w pisemnej odpowiedzi z dnia 18 marca 2011 r. (w aktach kontroli) – powołał się zasadniczo na te same okoliczności (w tym dotyczące warunków atmosferycznych), które następnie stanowiły podstawę wszczęcia Postępowania (*vide* zawiadomienie o wszczęciu Postępowania, w aktach kontroli), które to okoliczności nie wzbudziły wówczas wątpliwości Prezesa UZP.

---

<sup>2</sup>*Ibidem.*

<sup>3</sup>*Ibidem.*

W odniesieniu do dalszej treści omawianej przesłanki Izba wskazuje, że w świetle powyższych uwag nie powinien ulegać wątpliwości brak możliwości przewidzenia ww. okoliczności przez Zamawiającego. Odnieść należy to zarówno do warunków atmosferycznych, które – jak przytoczono powyżej – nie sposób było określać mianem typowych, jak na zimową porę roku, jak również do sposobu zakończenia prowadzonych uprzednio postępowań w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Nie sposób zgodzić się przy tym z zawartym w Informacji stwierdzeniem, jakoby „Za nieprzewidywalną nie można również uznać okoliczności, w której profesjonalny podmiot działający w branży transportu kolejowego nie może przez pewien czas korzystać z części posiadanego taboru. [...]”. Kontrolujący opiera je bowiem w zasadniczej części na profesjonalnym charakterze wykonywanej przez Zamawiającego działalności. Owszem, zgodzić należy się z zapatrywaniem, że od profesjonalnych uczestników obrotu wymaga się staranności w postaci kwalifikowanej, tym niemniej nieuprawnione jest absolutyzowanie tej cechy, prowadzące do obciążenia profesjonalisty obowiązkiem przewidywania wszystkich, nawet mało prawdopodobnych zdarzeń, a z takimi, w ocenie Izby, Zamawiający miał do czynienia. Prezes UZP niezasadnie przyjął, że możliwość przewidzenia napraw rewizyjnych taboru wynikała w przedmiotowej sprawie z danych, jakimi dysponował Zamawiający, a dotyczących dat, w jakich były dokonywane ostatnie przeglądy techniczne wagonów, czy przebiegów poszczególnych elementów taboru. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający powoływał się na wspomniane informacje tylko w kontekście okoliczności, z punktu widzenia których należało rozpatrywać decyzję Zamawiającego (niemal dwukrotnie zwiększona w krótkim czasie ilość wyłączonego z eksploatacji taboru i związane z tym zintensyfikowane zużywanie wagonów pozostających w niewralgicznym okresie w gestii Zamawiającego), a których to okoliczności Kontrolujący skutecznie nie podważył.

Co zaś dotyczy kwestii braku odpowiedzialności Zamawiającego za sytuację, która spowodowała wszczęcie Postępowania Izba wskazuje, że – wbrew stanowisku Kontrolującego, które wyczytać można z treści Informacji – generalnie nie można mu przypisać opieszałości w reagowaniu na dynamicznie zmieniającą się sytuację, czy brak właściwego przygotowania do świadczenia oferowanych przezeń usług. Raz jeszcze należy zwrócić uwagę na okoliczność, którą Izba zaliczyła na korzyść Zamawiającego, że próbował on przeciwdziałać niekorzystnym skutkom ciężkiej zimy, wszczynając postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, dopiero których niepowodzenie skłoniło Zamawiającego do odwołania się do najbardziej niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych.

Warto w tym miejscu podkreślić, że nie jest argumentem przemawiającym za wskazanym powyżej stanowiskiem Prezesa UZP stwierdzenie, że „O tym, że Zamawiający w niewystarczającym stopniu przygotował się do sytuacji, w której zaistniała potrzeba napraw rewizyjnych, świadczy fakt, iż konieczność przeprowadzenia tych napraw ujawniła się już w grudniu 2010 r., a więc niespełna kilka tygodni od nadejścia warunków atmosferycznych właściwych dla pory zimowej. [...]” (Informacja, str. 5), a to z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze – właściwe porze zimowej warunki atmosferyczne ujawniły się już w grudniu 2010 r., co zobrazowane zostało danymi statystycznymi przytoczonymi wcześniej, po drugie zaś – Zamawiający nie stwierdził, że nie był przygotowany do skutków zimy w ogóle (innymi słowy – nie mógł sprostać 13-procentowemu wskaźnikowi awaryjności taboru), a jedynie do spotęgowanych następstw złych warunków atmosferycznych, których efektem był niemal dwukrotny wzrost wspomnianego czynnika.

## II. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

Biorąc pod uwagę szczególne okoliczności stanu faktycznego Izba uznała, że doszło do wyczerpania także tej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP.

Można zgodzić się z Zamawiającym, że przesłanka ta wynikać musi z wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, czy niezaplanowanych. Dla oceny jej zaistnienia nie mniejsze znaczenie mają jednak także takie okoliczności, jak profil działalności Zamawiającego (ściślej – przedmiot zamówienia w kontekście charakteru świadczonych usług), czy związany z tym kontekst społeczny.

W odniesieniu do pierwszego ze wskazanych powyżej aspektów należy zauważyć, że – jak to zresztą podkreślał Zamawiający – działa on w obszarze usług o charakterze publicznym, takimi są bowiem świadczone przezeń usługi przewozowe. Oczywiście nie każde zamówienie związane z działalnością Zamawiającego mogłoby zostać w ten sposób zakwalifikowane przez Izbę, tym niemniej w przedmiotowej sprawie dotyczyło ono kwestii zasadniczej dla Zamawiającego – naprawy wagonów pasażerskich służących do prowadzenia głównego przedmiotu działalności. Nie sposób pominąć przy tym fakt, że krąg odbiorców usług świadczonych przez Zamawiającego jest szeroki i – co jest faktem powszechnie znanym – poszerza się dodatkowo w okresach świątecznych, a należy przypomnieć, że taki właśnie czas się zbliżał (Święta Wielkanocne).

W nawiązaniu do drugiego z aspektów Izba wskazuje, że należało mieć w tej sprawie na uwadze potencjalnie duże koszty społeczne (utrudnienia w komunikacji, odwoływanie zaplanowanych kursów i kolejne zmiany w rozkładzie jazdy, niezaprzeczona przez Kontrolującego okoliczność prowadzenia przez Zamawiającego przedsprzedaży biletów kolejowych i wreszcie możliwe społeczne niezadowolenie wywołane kolejną niestabilnością organizacyjną w obszarze funkcjonowania przewoźnika – poprzednia miała miejsce w związku ze zmianami w rozkładzie jazdy, które – jak wiadomo – wywołały ogromne utrudnienia, występujące jeszcze w pierwszych dniach grudnia 2010 r. i falę społecznej krytyki – *vide* tekst oświadczenia Spółek Grupy PKP, które ukazało się w ogólnopolskim wydaniu Gazety Wyborczej dnia 16 grudnia 2010 r.), które poniesione zostałyby w związku z brakiem udzielenia skontrolowanego zamówienia.

Innymi słowy – przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia została przez Izbę oceniona w rozpoznawanej sprawie także przez pryzmat roli, jaką Zamawiający odgrywa na rynku usług przewozowych oraz potencjalnych konsekwencji społecznych spowodowanych utrudnieniami w ich nieprzerwanym świadczeniu. Bez trudu można wskazać na negatywne konsekwencje mogących realnie wystąpić w ocenianym stanie faktycznym przerw w świadczeniu usług przewozowych, dla ogółu ludności, dojazdu młodzieży do szkół, brakiem możliwości dojazdu pracowników do zakładów pracy, w tym również do zakładów z szeroko rozumianego sektora usług publicznych. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zasada wyjątkowości stosowania trybów niekonkurencyjnych musi w uzasadnionych sytuacjach ustąpić miejsca zasadnej potrzebie możliwości zaspokojenia określonych potrzeb społecznych. Zasada legalizmu (prymatu ścisłego stosowania prawa) nie może być celem samym w sobie, lecz powinna być postrzegana przez pryzmat konieczności zaspokajania słusznym potrzeb społecznych.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że Postępowanie obejmowało niewielki zakres przedmiotu zamówienia (naprawa rewizyjna 27 spośród 121 wagonów), a zatem zrealizowany został postulat ograniczenia zakresu tak udzielanego zamówienia li tylko do usunięcia absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. Interpretacja taka jest zgodna z powoływanym *nota bene* przez Prezesa UZP przepisem art. 31 pkt 1 lit. c) Dyrektywy klasycznej, który odwołuje się do sformułowania „w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne” i jest respektowana w orzecznictwie Izby (por.: uchwałę KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/KD 21/09, LEX nr 590103).

III. Brak możliwości zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia

W zakresie tej przesłanki Izba wskazuje, że pozostaje ona w ścisłej korelacji z przesłanką pilnej potrzeby wykonania zamówienia, która nie pozwala na zachowanie terminów określonych przepisami Ustawy PZP dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, o której mowa w przepisie art. 62 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP. Co równie istotne Izba zwróciła uwagę na fakt, że na okoliczności wynikające z ww. przepisu powoływał się Zamawiający wszczynając uprzednio cztery postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, które zakończyły się ich unieważnieniem z przyczyn, o których była mowa wcześniej. Trafnie podkreśla się w doktrynie, w odniesieniu do przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP, że „W aspekcie czasowym jest to sytuacja, w której zamawiający ma mniej czasu na udzielenie wykonania zamówienia niż w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, która stanowi przesłankę zastosowania negocjacji bez ogłoszenia[...]” (tak: J. Jerzykowski: *Komentarz do art. 67 Ustawy PZP* [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, WKP 2012, LEX/el.). Izba wzięła zatem pod uwagę fakt podejmowania przez Zamawiającego prób udzielenia zamówienia, opartych o niemal takie same okoliczności stanu faktycznego, co w Postępowaniu i przyjęła je do wiadomości, jako pozostające poza zakresem kontroli i uprzednio nie kwestionowane. Należało zatem stwierdzić, że prowadząc Postępowanie potrzeba udzielenia i wykonania zamówienia miała jeszcze pilniejszy i zarazem ważniejszy charakter.

Dodatkowo można wskazać, że zgodnie z danymi statystycznymi prezentowanymi corocznie przez Prezesa UZP średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powyżej tzw. progów unijnych (taką bowiem wartość miało Postępowanie) w trybie przetargu nieograniczonego wynosił w 2011 r. 80 dni, przetargu ograniczonego – 117 dni, zaś w przypadku negocjacji z ogłoszeniem – 228 dni<sup>4</sup>. Biorąc zatem chociażby pod uwagę datę, w której przypadały Święta Wielkanocne (24-25 kwietnia 2011 r.) nie byłoby możliwe przygotowanie się przez Zamawiającego do wzmożonego świadczenia usług, nie wspominając o tym, że – niezależnie od świątecznego okresu – prawie dwukrotnie większa liczba wagonów, będąca następstwem ciężkiej zimy, byłaby wyłączona z użytkowania przez długi czas.

---

<sup>4</sup>„Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 r.”, str. 29, dostępny na stronie internetowej <http://www.uzp.gov.pl>.

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

**Przewodniczący:** Daniel Konicz  
**Członkowie:** Emil Kawa  
Marek Koleśnikow