

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 5 stycznia 2017 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z 13 grudnia 2016 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie
z siedzibą przy ulicy Centralnej 53, 31-586 Kraków

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej KNZ/17/16/DKD, w przedmiocie zamówienia publicznego: *rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Anna Packo
Marzena Teresa Ordysińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie - na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych zrealizował zamówienie publiczne pn.: *rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*

Wartość zamówienia wynosiła 7 418 293,27 zł (1 755 850,62 euro).

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia (pismo - Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 30 listopada 2016 roku, nr UZP/DKD/WKZ/421/37(3)/16/SO):

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie wynika, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, czyli 20 kwietnia 2015 r.

W dniu 3 września 2012 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą BUDIMEX S.A. w Warszawie została zawarta umowa o wykonanie zamówienia podstawowego pn.: *Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, nr umowy: 505/ZIKiT/2012.

W dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający zawarł umowę o wykonanie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki z Wykonawcą BUDIMEX S.A. w Warszawie, a dnia 19 maja 2015 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu tego zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie z wolnej ręki, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę – BUDIMEX S.A., tj. Wykonawcę, który w ramach umowy nr 505/ZIKiT/2012 z dnia 3 września 2012 r., został Wykonawcą zamówienia podstawowego (nr 10/II/2012) pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B.*

Zamawiający wskazał zakres robót budowlanych zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki:

- 1) rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim wraz z dostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w zakresie budowy i przebudowy schodów, budowy szybów windowych;
- 2) przebudowa i budowa instalacji wewnętrznych – elektrycznej, oświetleniowej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej, wentylacyjnej, CCTV, p.poż.;
- 3) budowa przyłącza i instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji ogólnospławnej i przykanalików;
- 4) budowa przyłącza i instalacji wodociągowej.

Potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki Wykonawcy zamówienia pn. *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, Zamawiający argumentował możliwością wystąpienia negatywnych skutków w przypadku realizacji zamówienia przez innych przedsiębiorców, niż wskazany BUDIMEX S.A. Zaliczył do nich:

1. Możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego, na skutek ingerencji innych przedsiębiorstw w takie elementy konstrukcyjne przejścia, jak strop, ściany czy elementy odwodnienia klatek schodowych. Zdaniem Zamawiającego, doprowadziłoby to do rozproszenia odpowiedzialności za wykonane roboty i wiązałoby się z koniecznością dochodzenia praw gwarancyjnych na drodze sądowej oraz kosztownym obowiązkiem powoływania biegłych.

2. Konieczność rozbiórki pewnych elementów, wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, w przypadku wyboru innego Wykonawcy niż wskazany przez Zamawiającego.
3. Konieczność ingerencji w konstrukcję nośną przejścia w przypadku realizacji elementów konstrukcyjnych i przyłączy mediów do pomieszczeń szalek miejskich, pomieszczeń handlowych, pomieszczeń na odpady i pomieszczeń monitoringu po zakończeniu robót zasadniczych.
4. Brak dojścia do peronu tramwajowego zlokalizowanego na kierunku Al. Pokoju na skutek niewykonania klatki schodowej S6, w miejscu istniejącego WC, przed zakończeniem robót objętych zamówieniem podstawowym.
5. Utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia oraz czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na odcinku, którego dotyczą roboty, w związku z rozdzieleniem zakresu robót w obrębie przebudowy Ronda Czyżyńskiego na dwóch Wykonawców.
6. Niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót założonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w przypadku zlecenia dodatkowego zakresu robót innemu Wykonawcy, ponieważ kontrakt realizowany jest ryczałtowo. Zdaniem Zamawiającego, w przypadku realizacji robót dodatkowych przez dotychczasowego Wykonawcę będzie możliwe zbilansowanie robót niewykonanych z dodatkowym zakresem robót, co obniży koszt realizacji całości robót budowlanych.
7. Brak możliwości ustalenia dwóch kierowników budowy w obrębie realizacji przedmiotowych robót budowlanych i brak obowiązku przejęcia odpowiedzialności za nadzór i koordynację dodatkowych robót budowlanych, prowadzonych przez innego Wykonawcę, przez kierownika robót dotychczasowego Wykonawcy.
8. Zagrożenie związane z „fatalnym” stanem technicznym i estetycznym istniejącego przejścia, niespełnianiem współczesnych wymagań funkcjonalnych i technicznych oraz niedostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych. Zamawiający podnosił, że stan przejścia nie odpowiada standardom przewidzianym w Rozporządzeniu Ministra transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.
9. Nieefektywne wykorzystanie środków publicznych oraz negatywny wydźwięk społeczny – zdaniem Zamawiającego realizacja przebudowy przejścia podziemnego w ramach kontraktu głównego pozwoli uniknąć strat związanych z koniecznością demontażu pewnych elementów konstrukcyjnych, które ukończone zostaną w ramach zamówienia głównego oraz pozwoli oddać obiekt do użytkowania w wyznaczonym terminie.

Zamawiający poinformował także, że nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców.

Prezes Urzędu zważył 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, że 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 wywoził 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).

Z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, czyli 20 kwietnia 2015 r. wynika, iż 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.

Przyczyny techniczne, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określone Wykonawcy, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego Wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny.

Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres (Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko*

Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121)) lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu (Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713)).

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 Pzp nie jest wystarczające, że konkretny Wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, że 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. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec* (C-126/03).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w tym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w zakresie obejmującym rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni Wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem tej kontroli. Przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez Wykonawców innych, niż BUDIMEX S.A. w Warszawie. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające, byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający nie wskazał, ani w zawiadomieniu, ani w przesłanych wyjaśnieniach żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło być

zrealizowane jedynie przez Wykonawcę zamówienia pn. *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*. Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak konieczność rozbiórki pewnych elementów wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, brak dojścia do wskazanego peronu, utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia, czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na wskazanym odcinku, niemożność ustanowienia dwóch kierowników budowy – związane z wyborem innego Wykonawcy, niż wskazany przez Zamawiającego) oraz gospodarcze (takie jak niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót, wzrost kosztu całości robót budowlanych), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

Powyższe potwierdziła także KIO w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10) – *od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze (...). Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki*. Jak zostało to wyżej wskazane przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji Zamawiającego.

Ponadto powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, w przypadku powierzenia realizacji zamówienia Wykonawcy innemu niż Wykonawca zamówienia podstawowego, nie stanowi wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia temu Wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Gwarancja jakości jest rodzajem zobowiązania, w którym Wykonawca robót podejmuje się naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym, nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego, a więc zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, ma swoje źródło w zdarzeniu, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co tym samym nie wypełnia przesłanki określonej w art. 67 ust 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp [por.

uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., (sygn. akt KIO/KD 81/11); uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2011 r. (sygn. akt: KIO/KD 71/11)]. Należy także podkreślić, że o ile wskazane przejście podziemne powinno zostać przebudowane i odnowione ze względu na – jak to określił Zamawiający- „fatalny” stan techniczny i estetyczny, to Zamawiający ze względu na ten fakt nie jest uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w celu wyłonienia Wykonawcy, który wskazane roboty budowlane będzie realizował.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UZP wskazał, że wyłonienie Wykonawcy zamówienia, stosownie do przepisów ustawy Pzp, powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją w oparciu o procedury ustawy Pzp, oparte na zasadzie uczciwej konkurencji, które są najlepszym sposobem oceny rynku. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie otwarte przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadzi do wyłonienia innego Wykonawcy, którego oferta będzie korzystniejsza dla Zamawiającego, a zarazem spełni wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu.

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

II.

Pismem z 13 grudnia 2016 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 13 grudnia 2016 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli (dalej: „zastrzeżenia”).

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli doraźnej odnośnie legalności wyboru trybu z wolnej ręki postępowania o udzielenie zamówienia na realizację zadania pn.: *Rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, etap B* pismem z dnia 13 grudnia 2016 roku (przesłanym w tym samym dniu, prezentata na piśmie) wniósł następujące zastrzeżenia:

W ocenie Zamawiającego istniały przesłanki o charakterze technicznym, uzasadniające przeprowadzenie prac w obrębie przejścia podziemnego pod Rondem Czyżyńskim przez

Budiemx S.A.. Zamówienie na wykonanie zadania pn.: *Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem* realizowane było w formule zaprojektuj i wybuduj. Obejmowało ono wykonanie następujących prac w zakresie przedmiotowego przejścia podziemnego: wykonanie nadbetonu nad belkami, naprawa skorodowanych części betonu w ustroju nośnym zaprawami typu PCC, wymiana belek nośnych nienadających się do dalszego użycia, wykonanie izolacji zewnętrznej ustroju nośnego wraz z warstwą ochronną, wykonanie izolacji ścian pionowych, odnowa posadzki wewnątrz tunelu, zmiana wystroju w przejściu, wykonanie pochyli lub wind dla niepełnosprawnych, rozbiórka wejść na przystanki tramwajowe, budowa wejść na przystanki tramwajowe, remont wejścia na przystanek tramwajowy, wykonanie wind przy wejściach na przystanki tramwajowe – konstrukcja betonowa, windy montaż i dostawa, remont rampy wjazdowej dla zaopatrzenia - nawierzchnia, nawierzchnia na schodach, powłoka antykorozyjna – malowanie poręczy, prace naprawcze – gzymsy, projekty obiektów inżynierskich. Zamawiający wskazał, że w zamówieniu podstawowym przewidziano znaczny zakres prac w odniesieniu do przejścia podziemnego.

Zamawiający wskazał na dwa aspekty, które wynikają z podniesionego uwarunkowania: - nie ma technicznej możliwości osiągnięcia rezultatu, jakim było uzyskanie przejścia odznaczającego się określonymi normatywie tj. w odpowiednich przepisach szeroko rozumianego prawa budowlanego, parametrami, bez powiązania przebudowy górnej płyty ronda ze znajdującym się bezpośrednio pod nią, przejściem podziemnym. Zamawiający podał, że wskazane elementy infrastruktury zawierają bowiem szereg elementów wspólnych takich jak wejścia, windy, chodniki, pochylnie itp. co wymagało, z uwagi na utworzenie przestrzeni spójnej i funkcjonalnej, jednoczesnego i ściśle skoordynowanego prowadzenia prac. Zamawiający wskazał również, że formuła prowadzenia postępowania podstawowego przewidywała przekazanie praw autorskich do dokumentacji projektowej oraz do wykonanego w oparciu o nią dzieła dopiero z chwilą odbioru inwestycji. Tym samym doszło do sytuacji, w której Zamawiający nie posiadał praw w zakresie umożliwiającym przeprowadzenie prac w ramach przejścia podziemnego.

Rozbudowa przejścia wynikała z konieczności zapewnienia bezpiecznej komunikacji osobom poruszającym się w ramach znajdujących się w nim ciągów komunikacyjnych.

Zamawiający wskazał również, że pomiar przestrzeni jaka pozostawała przed rozbudową dla pieszych nie spełniała aktualnych norm określonych w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

Związane to było z położeniem kiosków handlowych znajdujących się w obrębie przejścia, które znacząco zawężyły szerokość ciągów komunikacyjnych przewidzianych dla pieszych. W ocenie Zamawiającego przeprowadzenie robót objętych umową podstawową doszłoby do stworzenia zagrożenia bezpieczeństwa użytkowników przejścia. Dlatego, aby nie dopuścić do powstania wskazanego stanu zdecydowano o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zarządca infrastruktury zobowiązany jest do osiągnięcia przestrzeni publicznej o określonych parametrach, zapewniających określony poziom bezpieczeństwa, wynikający w szczególności z szerokości ciągów komunikacyjnych. Wyłączenie rozbudowa przejścia połączona z usunięciem kiosków handlowych ustawionych wiele lat temu zapewniała to. Wykonanie wind, a w konsekwencji udostępnienie przejścia podziemnego dla niepełnosprawnych, bez zapewnienia ciągów komunikacyjnych o odpowiedniej szerokości, mogłoby doprowadzić do powstania istotnego zagrożenia dla szczególnie wrażliwej grupy jego użytkowników, tj. zwłaszcza osób poruszających się na wózkach. W ocenie Zamawiającego nie było technicznej możliwości wykonania podstawowego zamówienia bez udzielenia zamówienia uzupełniającego.

Zamawiający wskazał również, że teren budowy na którym realizowane było zamówieniem poddane kontroli odnośnie robót budowlanych dotyczących podziemi Ronda Czyżyńskiego pokrywał się z terenem robót budowlanych zamówienia podstawowego. Teren ten został protokolarnie przekazany wykonawcy zamówienia podstawowego na początku 2014 roku i od chwili protokolarnego przejęcia terenu budowy Budimex S.A. ponosił odpowiedzialność za szkody wynikłe na tym terenie, aż do chwili oddania obiektu (prac budowlanych) inwestorowi – zgodnie z 652 Kodeksu cywilnego. Zamawiający wskazał na wyrok Sądu sygn. akt I Ca 977/05 z 2 marca 2006 roku, zgodnie z którym odpowiedzialność za sposób prowadzenia robót budowlanych w tym zabezpieczenie terenu budowy przed osobami nieuprawnionymi ponosi wykonawca robót a nie inwestor. Zamawiający wskazał również na zakres czasowy protokolarnego przejęcia terenu, podkreślił, że w chwili wszczęcia postępowania kontrolowanego nie dysponował terenem budowy, który mógłby przekazać wykonawcy wybranemu w trybie konkurencyjnym, co mogło nastąpić dopiero w listopadzie 2015 roku po przekazaniu Zamawiającemu terenu budowy przez wykonawcę zamówienia podstawowego.

Zamawiający wskazał również, że wykonawca zamówienia podstawowego Budimex S.A. w trakcie przygotowywania postępowania kontrolowanego wielokrotnie podkreślał, że ze względu na swoją odpowiedzialność za szkody na placu budowy nie wyraża zgody

na wejście na teren budowy innego wykonawcy, który nie został przez niego zaakceptowany i nie jest jego podwykonawcą w rozumieniu 647 (1) Kodeksu cywilnego.

Zamawiający wskazał również, że z uwagi na zakres zamówienia objętego zamówieniem z wolnej ręki wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, w zamówieniu podstawowym wykonawca również był obowiązany uzyskać pozwolenie na budowę. Zakresy robót w obu zamówieniach pokrywały się nie było możliwości uzyskania dwóch odrębnych pozwoleń na budowę, bowiem dla jednego miejsca nie można wydać dwóch niezależnych decyzji o pozwoleniu na budowę. Wniosek inwestora odnoszący się do terenu nieruchomości, który został już objęty decyzją o pozwoleniu na budowę, będzie powodował powstanie sytuacji, że pomiędzy pierwotną decyzją o pozwoleniu na budowę, a nową decyzją dotyczącą tego samego terenu, zachodzić będzie tożsamość określona w art. 156 § 1 pkt 3 Kodeksu postępowania administracyjnego. Tożsamość sprawy oznacza sytuację, kiedy w sprawie występują te same podmioty, dotyczy ona tego samego przedmiotu i tego samego stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym sprawy (wyrok NSA z dnia 28 listopada 2000 sygn. akt I SA/Ka 1458/99). Wydanie przez organ decyzji zgodnie z wnioskiem inwestora byłoby rozpatrzeniem sprawy poprzednio rozstrzygniętej decyzją ostateczną i naruszeniem przez organ zasady powagi rzeczy osądzonej.

III.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 23 grudnia 2016 roku (znak: UZP/DKD/WKZ/421/37(7)/16/SO) wskazał w odpowiedzi na pismo z dnia 13 grudnia 2016 roku w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przekazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 30 listopada 2016 roku (znak: UZP/DKD/WKZ/421/37(3)/16/SO):

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 30 listopada 2016 roku (znak: UZP/DKD/WKZ/421/37(3)/16/SO), nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 3 września 2012 r. pomiędzy Zamawiającym – Zarządem Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – a Wykonawcą BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie została zawarta umowa o wykonanie zamówienia pn.: *Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku*

Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B (nr umowy: 505/ZIKiT/2012).

W dniu 20 kwietnia 2015 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na *rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: „Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B”*, poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy BUDIMEX S.A. w Warszawie. Umowa w sprawie ww. zamówienia z wolnej ręki została zawarta w dniu 7 maja 2015 r. (umowa nr: 349/ZIKiT/2015). Zakres robót zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmował: rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim wraz z dostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w zakresie budowy i przebudowy schodów oraz budowy szybów windowych; przebudowę i budowę instalacji wewnętrznych – elektrycznej, oświetleniowej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej, wentylacyjnej, CCTV, ppoż.; budowę przyłącza i instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji ogólnospławnej i przykanalików; budowę przyłącza i instalacji wodociągowej.

Wybór trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający uzasadniał możliwością wystąpienia negatywnych skutków, w przypadku realizacji zamówienia przez przedsiębiorców innych niż wskazany BUDIMEX S.A. w Warszawie. Do skutków tych zaliczył możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego; konieczność ingerencji w konstrukcję nośną przejścia i rozbiórki pewnych elementów, wykonanych w ramach zamówienia podstawowego; brak dojścia do jednego z peronów tramwajowych; utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia oraz czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na wskazanym odcinku; niemożność zbilansowania robót niewykonanych z dodatkowym zakresem robót, co obniżyłoby koszty inwestycji; brak możliwości ustalenia dwóch kierowników budowy w obrębie realizacji przedmiotowych robót budowlanych; zagrożenia związane z „fatalnym” stanem technicznym i estetycznym istniejącego przejścia, na skutek niedostosowania go do standardów przewidzianych w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (dalej: „rozporządzenie MTiGM”); nieefektywne wykorzystanie środków publicznych oraz negatywny wydzźwięk społeczny, związany

z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów oraz nieoddaniem obiektu do użytkowania w wyznaczonym terminie.

Dokonując oceny przedstawionych powyżej okoliczności Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli z dnia 30 listopada 2016 r. stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, naruszając tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego nie było technicznej możliwości uzyskania przejścia podziemnego o parametrach spełniających wymogi prawa budowlanego, bez powiązania przebudowy górnej płyty ronda z robotami prowadzonymi na przejściu podziemnym, znajdującym się bezpośrednio pod tym rondem. Wiązało się to z szeregiem elementów wspólnych dla obu obiektów (takich jak wejście, chodniki, pochylnie, windy itp.), na których należało skoordynować prace w celu uzyskania spójnego i funkcjonalnego efektu końcowego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, przekazanie praw autorskich do dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego i dzieła wykonanego w oparciu o nią miało nastąpić dopiero z chwilą odbioru inwestycji, w związku z czym Zamawiający – jak sam podnosił – nie posiadał praw w zakresie umożliwiającym przeprowadzenie prac w ramach przejścia podziemnego. Zamawiający stwierdził, że przeprowadzenie robót w podstawowym zakresie bez realizacji robót objętych zakresem zamówienia

w trybie z wolnej ręki – w tym dotyczących usunięcia kiosków handlowych znajdujących się w obrębie przejścia – doprowadziłoby do zagrożenia bezpieczeństwa użytkowników przejścia, ponieważ przestrzeń pozostawiona pieszym i osobom na wózkach inwalidzkich do poruszania się nie spełniałaby wymogów określonych w rozporządzeniu MTiGM. Zamawiający wskazał, że teren budowy, na którym realizowane było zamówienie z wolnej ręki, pokrywał się z terenem budowy zamówienia podstawowego i został on protokolarnie przekazany Wykonawcy zamówienia podstawowego. W związku z tym Zamawiający podnosił, iż – zgodnie z treścią art. 652 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) – od chwili protokolarnego przejęcia terenu budowy przez Wykonawcę, ponosi on odpowiedzialność za szkody wynikłe na tym terenie, do chwili oddania obiektu inwestorowi. Zamawiający dodał ponadto, że – jego zdaniem – w zaistniałej sytuacji

Wykonawca powinien być uważany za samoistnego posiadacza budowli. Zamawiający wskazał również, że w związku z powyższym nie dysponował terenem budowy w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, a ze względu na odpowiedzialność za szkody na placu budowy Wykonawca nie wyraził zgody na wejście na teren budowy innego Wykonawcy, który nie został zaakceptowany przez BUDIMEX S.A. i nie będący jego podwykonawcą.

Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający argumentował także niemożnością uzyskania dwóch pozwoleń na budowę. W tym kontekście Zamawiający wskazał na wypełnienie przesłanek z art. 156 § 1 pkt 3 Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: „kpa”) i zachodzenie tzw. „tożsamości sprawy”, co doprowadziłoby do stwierdzenia nieważności jednego z pozwoleń na budowę.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia obejmującego *rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: „Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B”*

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (w brzmieniu na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania) Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn.: III RN 16/01) – zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp *przesłanka prawna "jednego wykonawcy", warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista świadczący tego rodzaju szczególne usługi; przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi; w tym ostatnim wypadku, decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu.*

Także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 8/09) wskazała, że przywołany przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie przepis, stanowiący podstawę udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, *nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie.* W świetle przytoczonego wyżej orzecznictwa należy stwierdzić, że argument Zamawiającego dotyczący konieczności skoordynowania prac objętych zakresem zamówienia podstawowego i zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki ze względu na występowanie szeregu elementów wspólnych i w celu uzyskania spójnego i funkcjonalnego efektu końcowego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki, w przedstawionym przez Zamawiającego zakresie, mogło zostać zrealizowane przez innych funkcjonujących na rynku przedsiębiorców. Zamawiający w piśmie z dnia 28 lipca 2016 r. (znak: NO.0700.229.2016) sam przyznał, iż nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców.

Argument Zamawiającego dotyczący braku autorskich praw majątkowych w zakresie dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego również nie zasługuje na uwzględnienie w kontekście art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Ukształtowanie problematyki przeniesienia praw autorskich na Zamawiającego w taki sposób, by zostały one przekazane z chwilą odbioru inwestycji, wynika z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Należy zaznaczyć, iż na kształt wskazanych postanowień umownych Zamawiający miał istotny wpływ i nic nie stało na przeszkodzie, by strony umowy uregulowały poruszaną kwestię w sposób zapewniający ochronę interesów Zamawiającego. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 poz. 83 z późn. zm.) rozróżnia autorskie prawa majątkowe od praw osobistych. O ile autorskie prawa osobiste mają charakter niezbywalny, tak autorskimi prawami majątkowymi twórca może swobodnie rozporządzać, zawierając odpowiednie postanowienia w umowach, co potwierdziła też KIO w uchwale z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 9/09) wskazując, iż *autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy.* W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający udzielając zamówień powinien mieć świadomość obowiązywania tych przepisów i powinien zdawać sobie sprawę, że nie przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do projektów oraz nie zagwarantowanie sobie prawa do korzystania z utworu w określony sposób na poszczególnych etapach realizacji inwestycji, może uniemożliwić lub też utrudnić możliwość

udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy Wykonawca zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, dotyczącego niebezpieczeństwa dla pieszych i osób na wózkach inwalidzkich w związku ze zbyt małą przestrzenią w przejściach należy stwierdzić, iż nie jest on zasadny w świetle przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Przepisy przywołanego rozporządzenia MTiGM były lub powinny być Zamawiającemu znane już na etapie planowania zamówienia podstawowego na *przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie*. Znając stan techniczny i estetyczny przejścia, Zamawiający miał możliwość dostosowania warunków istniejących w przejściu podziemnym, które sam określił jako „fatalne”, do obowiązujących przepisów oraz standardów. Jednocześnie Prezes Urzędu nie kwestionuje okoliczności, iż Zamawiający jest zobowiązany do osiągnięcia przestrzeni publicznej o określonych parametrach, a jedynie stwierdza, iż wykonanie robót w niezbędnym zakresie mogło zostać zlecone po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego dotyczącego pokrywania się terenu budowy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki z terenem budowy zamówienia podstawowego oraz okoliczności protokolarnego przekazania Wykonawcy BUDIMEX S.A. tego terenu należy wskazać, że argument ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wskazana okoliczność nie ma charakteru obiektywnego i wynika z działań Zamawiającego. Przytoczony przez Zamawiającego art. 652 kc, zgodnie z którym *jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie*, odsyła do odpowiedzialności na zasadach ogólnych, która – zgonie z zasadą swobody umów – może być odmiennie ukształtowana w umowie. Ponadto, jak podkreśla się w doktrynie, Zamawiający ma możliwość zachowania prawa do koordynowania prac kilku Wykonawców częściowych lub odstąpienia od protokolarnego przekazania terenu – wówczas następuje odstąpienie od zasady odpowiedzialności Wykonawcy na podstawie art. 652 kc (por. M. Behnke, M. Gostkowski, *Protokół przejęcia placu budowy*, Lex nr 68176). Z powyższego wynika, że Zamawiający przez zastosowanie odpowiednich postanowień umownych mógł uniknąć zaistniałej sytuacji. Nie można zatem stwierdzić, iż ww. okoliczności determinowały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Zamawiający wskazał, że jego zdaniem ze względu na charakter władania placem budowy przez Wykonawcę może być on uważany za samoistnego posiadacza budowli, ponieważ włada nią jak jej właściciel aż do chwili wydania jej inwestorowi. Należy jednak zauważyć, iż w doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z

którym Wykonawca jest jedynie gospodarzem terenu, a nie posiadaczem samoistnym. Tak też stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 grudnia 1990 r. (sygn.: I CR 750/90), gdzie wskazano, że *wykonaniu remontu budynku może towarzyszyć protokolarne przejęcie terenu budowy (remontu), a nie powinno być wątpliwości, że przymiotu posiadacza samoistnego wykonawca nie uzyska*. Powyższe nie uzasadnia zatem udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego w kwestii braku zgody Wykonawcy zadania podstawowego na wejście na teren budowy innych Wykonawców, których ten nie zaakceptował i nie wskazał jako swoich podwykonawców, ze względu na odpowiedzialność na placu budowy oraz niemożności uzyskania dwóch pozwoleń na budowę ze względu na tzw. „tożsamość sprawy” należy wskazać, iż są to jedynie okoliczności organizacyjne, które nie uzasadniają udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10) wskazała, iż *od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze (...). Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki*. Ponadto w zaistniałym stanie faktycznym sytuacja opisana w art. 156 § 1 pkt 3 kpa, zgodnie z którym *organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji, która dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną*, nie musi mieć miejsca – zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 stycznia 2016 r. (sygn.: I OSK 787/14) tożsamość sprawy zachodzi, *gdy występują te same podmioty w sprawie, dotyczy ona tego samego przedmiotu i tego samego stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym tej sprawy*, w związku z czym – w przypadku wyłonienia innego Wykonawcy dla dodatkowego zakresu robót – nie mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której w sprawie występowałyby te same podmioty. Jak wynika z przytoczonego wyroku, wymienione przez NSA przesłanki muszą zostać spełnione łącznie, więc niespełnienie jednej z nich uniemożliwia stwierdzenie nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 3 kpa.

Udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie uzasadnia również powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia podziemnego, w przypadku powierzenia realizacji zamówienia Wykonawcy innemu niż Wykonawca zamówienia podstawowego. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym

samym nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Powyższe potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 listopada 2011 r. (sygn.: KIO/KD 81/11).

W podsumowaniu Prezes Urzędu podniosła, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do protokołu kontroli nie są zasadne bowiem, że w zgłoszonych zastrzeżeniach do protokołu kontroli Zamawiający w zasadzie nie odniósł się do wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki uchybień przepisów. Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne podniesionego przez Prezesa Urzędu uchybienia w czynnościach Zamawiającego, natomiast w zastrzeżeniach do protokołu kontroli zgłoszonych przez Zamawiającego brak jest argumentacji odnoszącej się do wykazania spełnienia przesłanek określonych ustawą jakie stanowiły podstawę szotowanego przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o art. 67 ust.1 pkt 1 lit a) ustawy tj. wykazania przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiają realizację zamówienia tylko przez jednego wykonawcę.

W zakresie rozważań nad poprawnością wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy, który jest trybem niekonkurencyjnym, należy mieć na uwadze regulacje prawne odnoszące się do szeroko rozumianej sfery zamówień publicznych, w szczególności uwzględniające zasady udzielania zamówień publicznych (w tym art. 7 ust.1 ustawy). W ukształtowanych w ustawie zasadach (rozdział 2 ustawy) oraz poszczególnych przepisach ustawy regulujących poszczególne tryby udzielania zamówień publicznych znajdują odzwierciedlenie cele i zasady zawarte w przepisach prawa europejskiego. Podstawowa regulacja w zakresie wyboru trybu w jakim zostaje udzielone zamówienie zawarta jest w art. 10 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu Zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, dlatego przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane ściśle oraz wykazane w taki sposób aby uzasadniały zastosowanie tego trybu. Wskazać należy, że

Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r. Sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok z dnia 1 października 2001, Sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, Syg. akt III RN 16/01) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 lub wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Niewłaściwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w tym na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy (*Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: Dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze*) wynika między innymi z niewłaściwej interpretacji zawartych w nim przesłanek, subiektywnej oceny, iż w okolicznościach danej sprawy tylko jeden wykonawca jest zdolny do realizacji zamówienia oraz błędów popełnionych na etapie przygotowania samego postępowania. Warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez określonego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Zastosowanie trybu z wolej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym czy też zrealizuje zamówienie najszybciej. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u Zamawiającego. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robót budowlanych. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie, taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Tym samym subiektywna ocena nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę a stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Potwierdza powyższe wyrok z 12 października 2004 roku (sygn. akt II SA 1921/03) zgodnie z którym istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania

strony zamawiającej. Taki stan rzeczy ma potwierdzać również orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej gdzie w orzeczeniu z 10 września 2012 roku (BDF1/4900/70/70/12/2045) czytamy: *Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi jednocześnie mieć charakter trwały i nieprzewidywalny.*

Izba wskazuje, że ścisła interpretacja przesłanek znajduje również odzwierciedlenie w orzeczeniach Głównej Komisji Orzekającej, będącej organem II instancji rozstrzygającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych - w orzeczeniu z 15 maja 2006 r. (DF/GKO-4900-32/43/RN-18/06/615) Główna Komisja Orzekająca zwróciła uwagę na fakt, iż zamówienia z wolnej ręki są tym trybem udzielania zamówień publicznych, który - jako niekonkurencyjny - powinien być stosowany ze szczególną rozważą i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających przesłanki ustawowe. W ocenie Komisji, „*przekonanie zamawiającego*” i jego „*błędne rozumienie*” tych przesłanek nie może być potraktowane jako podstawa do usprawiedliwienia bezpodstawnego zastosowania tego trybu i/lub uznania naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako popełnionego w sposób nieumyślny (porównaj Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2013 roku sygn. akt KIO/KD 89/13).

W obowiązku Zamawiającego, który korzysta z innego trybu udzielenia zamówienia (art. 10 ust. 2 ustawy) niż tryb podstawowy (art. 10 ust. 1 ustawy) jest wykazanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy i wypełnia przesłanki wynikające z przepisów szczególnych dla wybranego trybu, w którym udzielił zamówienia (przykładowo: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 roku sygn. akt KIO/KD 21/12). Ciężar udowodnienia spoczywa na Zamawiającym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego - *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (*na tym ciąży dowód, kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza*).

Izba rozważa argumentację przedstawioną przez Zamawiającego i Prezesa Urzędu, odpowiednio, w informacji o wynik kontrol doraźnej i w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej i w oparciu o te dokumenty stwierdza, która że Strona dowiodła swojej racji przez

uzasadnienie swojego stanowiska. Zamawiający zobowiązany był do wykazania zaistnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy, czego w ocenie Izby nie dokonał.

Zamawiający nie wykazał, że zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy). Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być interpretowane ściśle dlatego też Zamawiający powinien wskazać przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, które muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Zamawiający nie przedstawił w ocenie Izby żadnej argumentacji, która uzasadniałaby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki a odnoszących się do przyczyn technicznych, które w zasadzie byłyby nieusuwalne i stanowiły o konieczności realizacji zamówienia dotychczasowemu wykonawcy, bądź określonego wykonawcy. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający wskazał szereg argumentów jednakże w ocenie Izby nie wypełniają one przesłanki obiektywnej technicznej niemożliwości świadczenia przez innego wykonawcę.

Izba wskazuje, że udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 ustawy stanowiącym, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*. Na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek udzielania zamówień w sposób konkurencyjny, niewątpliwie obowiązek ten zostaje naruszony w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazuje przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które zwolniły go z prowadzenia procedury otwartej i uprawniały do zawarcia umowy z wykonawcą w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy, zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Doszło tym samym do naruszenia wskazanych przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....