

Sygn. akt: KIO/KD 29/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 lipca 2018 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Szpital Uniwersytecki w Krakowie
ul. Mikołaja Kopernika 36
31-501 Kraków

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” (znak: KU/83/18/DKZP) z dnia 22 czerwca 2018 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Dostawa, instalacja i uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego aparatury medycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń: aparat do tomoterapii, wyposażenie centralnej sterylizatorni, system CT (brachyterapia) — tomograf komputerowy do brachyterapii, system radiochirurgii (nóż cybernetyczny), rezonans magnetyczny 1,5 T, SPECT/CT— 2 szt., automatyczna śluza do przekładania pacjenta — 2 szt., tomograf komputerowy do planowania terapii”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Małgorzata Matecka
	Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 czerwca 2018 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawa, instalacja i uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego aparatury medycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń: aparat do tomoterapii, wyposażenie centralnej sterylizatorni, system CT (brachyterapia) — tomograf komputerowy do brachyterapii, system radiochirurgii (nóż cybernetyczny), rezonans magnetyczny 1,5 T, SPECT/CT— 2 szt., automatyczna śluza do przekładania pacjenta — 2 szt., tomograf komputerowy do planowania terapii”. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, tj. Szpital Uniwersytecki w Krakowie, pismem z dnia 22 czerwca 2018 r., przesyłając zamawiającemu Informację o wyniku kontroli.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, art. 10 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez brak wykazania spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Jednocześnie organ kontrolujący zalecił unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę, instalację i uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego aparatury medycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń, w tym aparatu do tomoterapii, wyposażenia centralnej sterylizatorni, systemu CT (brachyterapia) — tomografu komputerowego do brachyterapii, systemu radiochirurgii (nóż cybernetyczny), rezonansu magnetycznego 1,5 T, SPECT/CT — 2 szt., automatycznej śluzy do przekładania pacjenta — 2 szt., tomografu komputerowego do planowania terapii, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Ustalono, że zamawiający w dniu 20.02.2018 r. zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki w zakresie dostawy, instalacji i uruchomienia w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego ww. aparatury medycznej z wykonawcą konsorcjum firm: Warbud S.A., VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH i Porr S.A. (dalej: konsorcjum Warbud S.A.), a w dniu 16.02.2018 r. zamawiający wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do ww. wykonawcy.

W uzasadnieniu wyboru trybu z „wolnej ręki” zamawiający wskazał, że „został wyznaczony Uchwałą Rady Ministrów z dnia 6 września 2017 r. Nr 134/2017 zmieniającą uchwałę w sprawie zmiany programu wieloletniego pod nazwą „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego Kraków - Prokocim” na realizatora Programu Wieloletniego pod nazwą „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego Kraków - Prokocim”, zwanego dalej: „Programem”. Drugim z realizatorów Programu jest Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum w Krakowie, zwany dalej: „CMUJ”. Program obejmuje budowę nowej siedziby zamawiającego oraz jej wyposażenie, z założeniem, iż zakup wyposażenia współfinansowany będzie również ze środków pochodzących z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020 (RPO WM), w ramach projektu pozakonkursowego pn. „Wyposażenie nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Kraków-Prokocim”, zwanego dalej: „Projektem”. Zakres Programu związany z budową nowej siedziby realizuje CMUJ, będący wyłącznym inwestorem. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zakup i dostawa sprzętu, w szczególności sprzętu objętego przedmiotowym postępowaniem, które planuje się sfinansować z pozyskanych na ten cel środków RPO WM. C..) Generalnym Wykonawcą robót budowlanych związanych z budową i wykończeniem nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie jest konsorcjum firm Warbud S.A., VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & GO KG oraz Porr S.A., któremu zamówienia w tym zakresie udzielił CMUJ. Umowa została zawarta między ww. stronami w dniu 22 stycznia 2015 r. Zamawiający nie miał żadnego wpływu na warunki udzielenia tego zamówienia, w tym w szczególności na jego zakres oraz treść umowy i nie jest związany z Generalnym Wykonawcą żadnym węzłem prawnym. Zamawiający nie posiada, na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania, żadnych praw do nieruchomości, na której prowadzone są roboty budowlane, żadnych praw do powstającego w ramach tych robót obiektu ani nie może w skuteczny prawnie sposób wysuwać żadnych roszczeń względem Generalnego Wykonawcy z tytułu udzielonego mu przez CMUJ zamówienia. Zamawiający nie ma możliwości wydawania poleceń Generalnemu Wykonawcy, negocjowania z nim warunków realizacji zamówienia, wnioskowania o zmianę zapisów umowy. Zamawiający nie ma wpływu na terminy realizacji inwestycji, w tym w szczególności na ustalony między CMUJ a Generalnym Wykonawcą harmonogram robót budowlanych i wyznaczone w nim poszczególne etapy realizacji inwestycji oraz terminy ich odbioru.”

Zamawiający podniósł, że nie miał możliwości ingerencji w zapisy umowy zawartej między CMUJ a konsorcjum Warbud S.A., a co za tym idzie nie miał możliwości wyartykułowania swoich szczegółowych potrzeb.

Następnie zamawiający wyjaśnił, że „Na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania jedynym podmiotem posiadającym prawa do obiektu, który ma być miejscem dostaw realizowanych przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania, oraz

do terenu, na którym prowadzona jest inwestycja, jest CMUJ - wyłączny inwestor posiadający prawo własności nieruchomości. Natomiast Generalny Wykonawca, z dniem przekazania mu przez CMUJ placu budowy, stał się podmiotem odpowiedzialnym za teren budowy, w tym za wszelkie szkody na nim wynikłe, a co za tym idzie każdorazowy wstęp na teren budowy wymaga jego uprzedniej zgody.

Zamawiający posiada zatem ograniczone możliwości w zakresie wstępu na teren budowy, jego pobyt wymaga każdorazowo akceptacji Inwestora i Generalnego Wykonawcy. Te same zasady obowiązują pozostałe podmioty niezaangażowane w proces inwestycyjny. W związku z powyższym, zamawiający nie jest w stanie zapewnić potencjalnym dostawcom sprzętu, działającym na jego zamówienie, nieograniczonego dostępu do obiektu ani zagwarantować bezkonfliktowej współpracy z Generalnym Wykonawcą. Ponadto, z uwagi na przywołany już brak stosunku umownego pomiędzy zamawiającym a Generalnym Wykonawcą nie jest możliwe wydawanie przez zamawiającego Generalnemu Wykonawcy jakichkolwiek poleceń, wysuwanie roszczeń czy obligowanie do określonego działania/zaniechania. Ponadto, zamawiający w obecnej sytuacji nie może w sposób rzetelny opracować konkurencyjnego i dopasowanego do potrzeb wszystkich potencjalnych wykonawców opisu przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu wraz z jego montażem, z uwagi na ograniczoną znajomość obiektu, a w szczególności niemożność ustalenia stanu faktycznego stopnia realizacji inwestycji oraz harmonogramu prac obowiązującego na terenie budowy w momencie dostarczenia sprzętu. Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować zewnętrznemu wykonawcy, że panujące na placu budowy warunki umożliwią poprawne wniesienie, instalację i rozruch sprzętu, wobec czego narażony jest na ryzyko obciążenia go przez wykonawcę odpowiedzialnością z tytułu zniszczenia sprzętu - przedmiotu zamówienia, przed dokonaniem jego odbioru przez zamawiającego.”

Zamawiający wskazał również, iż „(...) w celu dopełnienia należytej staranności rozeznania rynku potencjalnych wykonawców, rozesłał zapytania ofertowe do podmiotów wykonujących dostawę sprzętu objętego przedmiotowym postępowaniem. Wnioski o wyjaśnienia co do parametrów realizacji zamówienia w zakresie warunków dostawy i montażu sprzętu, które wpłynęły do zamawiającego odnosiły się w znacznej większości do elementów, o których zamawiający nie ma dostatecznej wiedzy oraz do okoliczności, za których wystąpienie nie ponosi odpowiedzialności. W tym zakresie pełną wiedzę posiada wyłącznie Generalny Wykonawca, a jak wyjaśniono wyżej - zamawiający nie ma środków prawnych do zobowiązania Generalnego Wykonawcy lub CMUJ do udzielenia takich informacji.(...) W obecnym stanie rzeczy zamawiający nie może wykluczyć sytuacji, w której w wyniku zapytań do specyfikacji ze strony potencjalnych wykonawców nie będzie on w stanie udzielić jednoznacznej odpowiedzi z uwagi na fakt, że tylko Generalny Wykonawca posiada zupełną wiedzę o obiekcie, w którym instalowany miałby być sprzęt, oraz o

bieżącym stanie realizacji inwestycji. Zamawiający nie może konstruować opisu przedmiotu zamówienia opierając się na założeniu, iż w razie potrzeby odpowiednie informacje uzyska od inwestora czy Generalnego Wykonawcy, jeżeli nie ma absolutnie żadnych podstaw prawnych, które umożliwiałyby wyegzekwowanie takich Informacji. Generalny Wykonawca jest jednocześnie podmiotem wyłącznie uprawnionym z tytułu praw autorskich do całości wytworzonej przez niego na potrzeby inwestycji dokumentacji technicznej, a zamawiający na chwilą obecną nie posiada do niej tytułu prawnego. Ogłoszenie w takich okolicznościach przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż sprzętu objętego przedmiotowym wnioskiem wiązałoby się z ryzykiem wysunięcia przeciwko zamawiającemu zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp), w szczególności poprzez niezgodny z przepisami opis przedmiotu zamówienia. (...) Ponadto, wszczęcie postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego rodziłoby uzasadnione podejrzenie naruszenia przez zamawiającego zasad przejrzystości poprzez preferowanie jednego, konkretnego podmiotu, jakim jest Generalny Wykonawca, z uwagi na fakt, iż posiada on znacznie więcej informacji w przedmiocie warunków panujących na terenie obiektu, do którego dostarczany byłby sprzęt niż pozostali potencjalni wykonawcy. Ponadto, wyłącznie Generalny Wykonawca dysponuje pełnią praw do opracowanej przez siebie dokumentacji powykonawczej oraz ma możliwość renegocjacji z inwestorem (CMUJ) terminów realizacji poszczególnych zadań w ramach inwestycji, tak by dokonywać dostawy i instalacji sprzętu na dogodnych dla siebie warunkach nie wpływając jednocześnie na terminowość zakończenia prac budowlanych i dokonanie odbioru końcowego zgodnie z obowiązującym harmonogramem. Powyższe okoliczności powodują znaczne zaburzenie konkurencji na rynku potencjalnych dostawców sprzętu objętego niniejszym wnioskiem, a w powiązaniu z sytuacją prawną samego zamawiającego, nie posiadającego prawnego tytułu do obiektu oraz wpływu na realizację inwestycji, czynią Generalnego Wykonawcę monopolistą w zakresie niniejszego zamówienia. Czynnikiem technicznym, który z obiektywnego punktu widzenia uniemożliwia wykonanie zamówienia w zakresie montażu sprzętu przez inny niż Generalny Wykonawca podmiot jest fakt, iż Generalny Wykonawca jest jedynym podmiotem, który posiada pełną znajomość w zakresie parametrów obiektu i warunków panujących na terenie budowy w momencie dostawy i montażu sprzętu. Ponadto, wprowadzenie na teren inwestycji i umożliwienie wykonania prac adaptacyjnych i instalacyjnych związanych z dostawą i montażem sprzętu przez innego niż Generalny Wykonawca dostawcę wiąże się ze znacznym ryzykiem naruszenia uprawnień CMUJ z tytułu gwarancji udzielonej przez Generalnego Wykonawcę na obiekt budowlany. Należy podkreślić, iż wartość inwestycji realizowanej w ramach rządowego Programu Wieloletniego określona w umowie zawartej pomiędzy Generalnym Wykonawcą a CMUJ wynosi 819 000 000 PLN i znacznie przewyższa wartość dostarczanego w ramach

niniejszego postępowania sprzętu, przez co jest dobrem znacznie większej wartości i wymaga tym samym silniejszej ochrony.”

Na zakończenie zamawiający wskazał, iż „(...) monopol Generalnego Wykonawcy na wykonanie dostawy sprzętu stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania nie wynika z faktu, iż wykonawca ten jest jedynym podmiotem wytwarzającym sprzęt ale z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przyczyny te wynikają z faktu, iż zamawiający zmuszony jest dokonywać zakupu sprzętu dostarczanego do obiektu będącego we władaniu innego niż on sam podmiotu, będącego podczas wykonywania dostawy w fazie inwestycji i nie dopuszczonego do użytkowania. Jednocześnie zamawiający, z uwagi na konieczność terminowego odbioru inwestycji od Generalnego Wykonawcy przez CMUJ i niezwłocznego rozpoczęcia udzielania świadczeń zdrowotnych w nowej siedzibie nie jest w stanie zrealizować dostaw w późniejszym terminie. Konsorcjum firm Warbud S.A., VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & CO KG oraz Porr S.A., jest jedynym wykonawcą będącym w stanie zrealizować zamówienie, jako podmiot odpowiedzialny za teren budowy, jedyny posiadający pełną wiedzę na temat aktualnego stanu technicznego pomieszczeń w których instalowane będą urządzenia oraz zakresu prac adaptacyjnych który będzie konieczny do prawidłowego przeprowadzenia procesu instalacji. (...) Stanowczego podkreślenia wymaga fakt, iż zamówienie nie polega wyłącznie na dostawie sprzętu, ale obejmuje także wykonanie niezbędnych prac adaptacyjnych (przeróbka pomieszczeń) oraz świadczenie usług związanych z utrzymaniem i ochroną sprzętu do momentu, w którym zamawiający jako użytkownik nabędzie tytuł prawny do budowanego obiektu. Urządzenia dostarczane w ramach przedmiotowego postępowania wymagają dla swojej sprawności utrzymywania ich w stanie rozruchu, kupowany sprzęt musi pozostawać w stanie stand-by do momentu, w którym rozpocznie się ich wykorzystanie przez zamawiającego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, co nastąpi dopiero po dokonaniu odbioru końcowego obiektu oraz dopuszczeniu do użytkowania przez właściwe organy. Wprowadzenie przez zamawiającego nowego sprzętu wiąże się z koniecznością przeróbki i przystosowania całości Instalacji obiektu do jego podłączenia oraz z potrzebą adaptacji pomieszczeń pod nowy typ aparatów. Wykonanie zamówienia w tym zakresie przez innego wykonawcę niż Generalny Wykonawca jest technicznie niemożliwe, ponieważ obiekt jest w trakcie budowy i tylko konsorcjum może dokonać koniecznych prac instalacyjnych i budowlanych. Monopol Generalnego Wykonawcy w tym zakresie wiąże się również z przysługującymi mu prawami wyłącznymi w zakresie opracowanej przez niego dokumentacji budowlanej. Zamawiający, jak wskazano nie został w żaden prawnie usankcjonowany i skuteczny względem osób trzecich sposób uprawniony do korzystania z projektu budowlanego, projektów wykonawczych, powykonawczych i zamiennych opracowanych przez Generalnego Wykonawcę, w szczególności do dokonywania w nich przeróbek i zmian na potrzeby

wykonania prac adaptacyjnych związanych z montażem i instalacją sprzętu objętego niniejszym zamówieniem.”

Mając na uwadze przedstawiony powyżej stan faktyczny Prezes UZP wskazał, że 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. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach 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).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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 których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć charakter zasadniczy - wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów. 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 (patrz: orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. 1-08121) lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu (patrz: orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Greckiej (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. 1-04713). 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 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. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym wystąpiły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp. Przepis ten 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 niniejszej kontroli, co potwierdził zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez wykonawców innych niż konsorcjum Warbud S.A. Świadczyć o tym może chociażby rozeznanie rynku jakie przeprowadził zamawiający.

Ponadto, wybrany przez zamawiającego do realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca konsorcjum Warbud S.A. zarówno w dokumentach złożonych w trakcie negocjacji, w tym w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, jak również w ostatecznej ofercie oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót budowlano instalacyjnych w zakresie prac adaptacyjnych oraz dostawę wyposażenia aparatury medycznej będącej w zakresie i stanowiącej główny przedmiot zamówienia. Zatem, rynek sprzętu medycznego objęty postępowaniem z wolnej ręki jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego i mogły być bardziej konkurencyjne pod względem zaoferowanej ceny od wykonawcy konsorcjum Warbud S.A.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że zamawiający ani w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, ani w uzasadnieniu wyboru trybu „z wolnej ręki” lub w przesłanych wyjaśnieniach nie

wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło być zrealizowane jedynie przez konsorcjum Warbud S.A. Zamawiający powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak wiedzę na temat aktualnego stanu technicznego pomieszczeń, w których będą instalowane urządzenia oraz znajomość zakresu prac adaptacyjnych, który będzie konieczny do prawidłowego przeprowadzenia procesu instalacji) oraz gospodarcze (takie jak narażenie na poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów, możliwość zaoszczędzenia części środków), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Powyższe potwierdziła także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10). Roboty adaptacyjne bez przeszkód mogłyby zostać zrealizowane z takim samym skutkiem przez innych wykonawców, niż wskazane przez zamawiającego konsorcjum Warbud S.A. Tym samym, powyższe nie uzasadnia udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte zostało kontrolą, podstawę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowił również przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów — jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.b ustawy Pzp należy przede wszystkim wykazać, że przedmiot zamówienia objęty jest ochroną prawa wyłącznego. Ponadto, musi zachodzić sytuacja, w której wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale również dlatego, że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Zamawiający powinien także wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem, który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw lub świadczenia usług, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowej sprawie zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.b ustawy Pzp, gdyż nie udowodnił, iż przedmiot zamówienia

jakim jest dostawa sprzętu medycznego objęty jest ochroną prawa wyłącznego. Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zamawiający dokonał rozeznania rynku, które wykazało, że na rynku istnieją inni wykonawcy mogący zrealizować zamówienie. Również oświadczenie konsorcjum Warbud S.A. dotyczące powierzenia podwykonawcom przedmiotu zamówienia tj. prac adaptacyjnych oraz dostawę wyposażenia i aparatury medycznej, świadczy o tym, że na rynku istnieją inni wykonawcy, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu uznał, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a tym samym, naruszył treść art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Prezes UZP zalecił unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający, po otrzymaniu ww. Informacji o wyniku kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, zgłosił w dniu 29 czerwca 2018 r. zastrzeżenia od wyników przeprowadzonej kontroli. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawionym w Informacji o wyniku kontroli, wskazując, że w przedmiotowym stanie faktycznym spełnione zostały wskazane w uzasadnieniu wyboru trybu przesłanki, pozwalające na udzielenie przedmiotowego zamówienia z zastosowaniem niekonkurencyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki. W opinii zamawiającego, wybierając tryb udzielenia zamówienia dochował on należytej staranności, a w szczególności nie naruszył zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zdaniem zamawiającego, w sposób wystarczający wykazał on, że przedmiotowe zamówienie, obejmujące zarówno dostawę specjalistycznej aparatury medycznej, jak i jej montaż i instalację, wraz z wykonaniem niezbędnych w tym zakresie prac adaptacyjnych, może zostać zrealizowane wyłącznie przez konsorcjum Warbud S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w opublikowanym w dniu 20.02.2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszeniu nr 201 VS 035-076240 o dobrowolnej przejrzystości ex ante wskazał przesłanki uzasadniające stwierdzenie, że zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez ww. Konsorcjum. Do chwili obecnej Zamawiający nie otrzymał od żadnego z potencjalnych wykonawców informacji, iż wskazane w ogłoszeniu przyczyny nie uzasadniają stwierdzenia, że przedmiotowe zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez wskazanego wykonawcę.

Zamawiający w całości podtrzymał przywołane w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki argumenty. Zdaniem Zamawiającego, twierdzenie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze swoistym monopolem jednego wykonawcy uzasadnia po pierwsze fakt, że dostawa, sprzętu i aparatury medycznej, a także wykonanie niezbędnych z tym związanych prac adaptacyjnych odbywać się będzie w nieodebranym przez właściwe służby budowlane obiekcie, w którym prowadzone są przez Konsorcjum, jako Generalnego Wykonawcę, roboty budowlane, których Zamawiający nie jest inwestorem. Zamawiający na moment udzielenia i wykonania zamówienia nie posiada praw do obiektu, a tym samym nie może wysuwać skutecznie żadnych roszczeń względem Inwestora oraz Generalnego Wykonawcy, w tym wydawania poleceń czy negocjowania z nim warunków realizacji zamówienia, zmiany terminów realizacji inwestycji, harmonogramu robót budowlanych, wyznaczonych etapów realizacji inwestycji oraz terminów ich odbioru. Zamawiający nie miał żadnego wpływu na treść umowy zawartej pomiędzy Konsorcjum a Inwestorem, w szczególności na ukształtowanie uprawnień inwestora z tytułu udzielanej mu na obiekt gwarancji i rękojmi czy też zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej.

Ponadto, co ma szczególne znaczenie w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie może zapewnić zewnętrznym wykonawcom nieograniczonego dostępu do obiektu, bezkonfliktowej współpracy z Konsorcjum ani zagwarantować, że panujące na placu budowy warunki, w szczególności takie jak zmiany napięcia elektrycznego, drgania, itp., umożliwią poprawne wniesienie, instalację, rozruch i utrzymanie sprzętu i aparatury medycznej będących przedmiotem zamówienia. Powyższe powoduje po stronie Zamawiającego znaczne ryzyko obciążenia go przez zewnętrznego wykonawcę odpowiedzialnością z tytułu zniszczenia przedmiotu zamówienia (sprzętu) przed dokonaniem jego odbioru.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że czynnikiem technicznym z obiektywnego punktu widzenia uniemożliwiającym wykonanie zamówienia w zakresie montażu sprzętu przez inny niż Konsorcjum podmiot jest fakt, że Konsorcjum, jako jedyne, posiada pełną znajomość parametrów obiektu i warunków panujących na terenie budowy w momencie dostawy i montażu sprzętu. Wprowadzenie na teren inwestycji i umożliwienie wykonania prac adaptacyjnych i instalacyjnych sprzętu przez innego dostawcę wiąże się z ryzykiem naruszenia uprawnień Inwestora z tytułu gwarancji udzielonej na obiekt budowlany. Zamawiający podkreślił, że w sposób należyty uzasadnił, że nie istnieje w zakresie przedmiotowego zamówienia rozsądne rozwiązanie alternatywne, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Odnosząc się do poczynionych przez organ kontrolujący ustaleń zamawiający stwierdził, iż są one wynikiem pobieżnej i niepełnej analizy przekazanego do kontroli materiału, a ich uzasadnienie jest lakoniczne. Ponadto, sposób przeprowadzenia kontroli oraz podejmowane przez organ kontrolujący w trakcie jej trwania czynności wyjaśniające

poddają w wątpliwość rzetelność jego działania. Kontrolujący w żaden sposób nie wskazał jakich konkretnych naruszeń w zakresie przeprowadzonej procedury dopuścił się Zamawiający. Podniesione przez niego jedynie zostały stwierdzenia o niewykazaniu w sposób wystarczający przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

W ocenie zamawiającego, nie jest prawdziwe stwierdzenie Kontrolującego, że zamawiający „w przesłanych wyjaśnieniach udzielanych w ramach prowadzonej kontroli, nie wskazał 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 konsorcjum Warbud S.A.”, ponieważ zamawiający nie był w tym zakresie wzywany przez organ kontrolujący do udzielania jakichkolwiek informacji uzupełniających. Prowadzone w ramach kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia czynności wyjaśniające ograniczyły się jedynie do weryfikacji wartości zamówienia oraz źródła jego finansowania, tj. do zbadania wyłącznie czysto formalnych, wynikających z art. 167 ustawy Pzp, przesłanek uzasadniających przeprowadzenie kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania. Kontrolujący nie podjął żadnych czynności mających na celu wyjaśnienie jego ewentualnych wątpliwości co do faktycznego i prawnego uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, nie dając tym samym zamawiającemu możliwości obrony jego interesu w postępowaniu kontrolnym.

Rozstrzygnięcie o naruszeniu art. 10 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, zapadło, w opinii zamawiającego, w oparciu o materiał dowodowy przeanalizowany w sposób pobieżny i niepełny, a organ kontrolujący nie wykorzystał w pełni przysługujących mu na mocy art. 163 ust. 1 ustawy Pzp możliwości. Zamawiający wyjaśnił, że kompletna dokumentacja przedmiotowego postępowania została doręczona Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli uprzedniej w dniu 22.05.2018 r., a zamawiający nie był wzywany do jej uzupełnienia. Organ kontrolujący przez przeszło dwa tygodnie od momentu wszczęcia kontroli badał jedynie formalnoprawną przesłankę jej przeprowadzenia, wzywając zamawiającego do wyjaśnień w zakresie źródła jego finansowania, kolejno w dniu 28.05.2018 r. i w dniu 11.06.2018 r., zwracając się wyłącznie o przesłanie dokumentów uzasadniających twierdzenie zamawiającego, że przedmiot zamówienia jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej, tj. badając wyłącznie przesłankę z art. 169 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe uzasadnia wątpliwości zamawiającego co do poprawności i rzetelności przeprowadzonej kontroli postępowania, w kontekście brzmienia art. 161 ust 2 ustawy Pzp. Podsumowując powyższe, w opinii zamawiającego, organ kontrolujący dopuścił się w tym zakresie naruszenia art. 163 ust 3 ustawy Pzp, poprzez ustalenie stanu faktycznego i oparcie rozstrzygnięcia o częściowo tylko rozpatrzony materiał dowodowy oraz zaniechanie

czynności mających na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości o charakterze merytorycznym.

Stwierdzenie Kontrolującego, że złożone przez Konsorcjum w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówieniowym oświadczenie, iż zamierza on powierzyć podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia, świadczy o istniejącej w tym zakresie na rynku konkurencji i potwierdza możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty, jest całkowicie niezasadne. Kontrolujący całkowicie pomija fakt, iż wskazanie przez wykonawcę, że realizacja części przedmiotu zamówienia odbywać się będzie przy udziale podwykonawców, jest w przedmiotowej sprawie irrelevantne prawnie dla zamawiającego, ponieważ to Konsorcjum, jako wykonawca jest gwarantem w zakresie należytego wykonania zamówienia. Istotne aspekty powodujące, iż to Konsorcjum jest jedynym podmiotem, który może zrealizować niniejsze zamówienie nie są bowiem związane z samą dostawą wyspecyfikowanego sprzętu i aparatury medycznej, bo ta, czego zamawiający w żaden sposób nie negocjował, mogłaby w znacznej ilości przypadków zostać wykonana przez więcej niż jednego wykonawcę. Istotą niniejszego zamówienia jest koincydencja kilku czynników o charakterze zarówno prawnym (m.in. ochrona praw wyłącznych, gwarancja na obiekt), jak i technicznym (m.in. pełna wiedza na temat obiektu, realizacja zamówienia równoległe z trwającymi robotami budowlanymi), powodujących, że konsorcjum staje się jedynym wykonawcą zdolnym wykonać przedmiotowe zamówienie w pełnym zakresie. Kontrolujący zdaje się całkowicie pomijać fakt, iż przedmiotowe zamówienie obejmuje nie tylko dostawę sprzętu i aparatury medycznej ale również wykonanie prac adaptacyjnych na potrzeby jego montażu i instalacji oraz usługi utrzymania i ochrony sprzętu do momentu, w którym zamawiający, jako użytkownik, nabędzie tytuł prawny do budowanego obiektu.

Zamawiający wskazał, że jako jednostka sektora finansów publicznych rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 2007 r. o finansach publicznych, jest on zobligowany, w świetle art. 44 ust 3 ww. ustawy, do dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. W opinii zamawiającego, przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia w trybie innym niż wybrany, związane byłoby z naruszeniem wyżej wskazanych zasad. Udzielenie zamówienia wykonawcy innemu niż Konsorcjum wiązałoby się z koniecznością poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów związanych, w szczególności z koniecznością pokrycia roszczeń odszkodowawczych, kosztów zastępczej dokumentacji architektonicznej i budowlanej, kosztów dodatkowej gwarancji, utrzymania i ochronnych dostarczonego do obiektu sprzętu i tym podobnych.

W dniu 13 lipca 2018 r. w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 29 czerwca 2018 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli, Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 czerwca 2018 r., odnośnie wskazanego w Informacji naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a i b, art. 10 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez brak wykazania spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Prezes UZP podkreślił, że zamawiający, wnosząc zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej, podtrzymał swoje wcześniejsze 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 i b ustawy Pzp, nie wskazując w zastrzeżeniach żadnej nowej argumentacji na jego poparcie.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowej sprawy oraz stanowisko zamawiającego wyrażone w zastrzeżeniach do informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, jak i z wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń nie wynika, iż jedynie wykonawca zaproszony do negocjacji, tj. konsorcjum Warbud S.A. był w stanie należycie zrealizować zamówienie objęte przedmiotową kontrolą.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp chodzi o wykazanie istnienia monopolu na rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych. Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały oraz nie może opierać się na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, że określony wykonawca wykona zamówienie najlepiej, dysponuje najlepszą wiedzą i doświadczeniem, najlepszymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest w najlepszej sytuacji ekonomicznej i finansowej lub cieszy się największym uznaniem na rynku określonych usług, dostaw lub robót budowlanych. Również organizacja placu budowy czy uzgodnione przez zamawiających zapisy umowne z wykonawcami nie uzasadniają zastosowania trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki.

Prezes UZP nie zgodził się z twierdzeniem, że pozycja Generalnego Wykonawcy trwających w budynku szpitala robót budowlanych stawia konsorcjum Warbud S.A. jako swoistego monopolistę do wykonania przedmiotu zamówienia, jakim jest dostawa, instalacja i uruchomienie aparatury medycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń. Usytuowanie go w takiej pozycji jest bowiem wynikiem działań zamawiających i uzgodnionych z wykonawcą postanowień umownych.

Prezes Urzędu podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu i aparatury medycznej wraz z wykonaniem niezbędnych prac adaptacyjnych, co potwierdził

również Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 29.05.2018 r., wskazując „(...) przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na dostawy i szacunkowa wartość zamówienia jest wartością szacunkową dostawy. Zamawiający nie dokonał szacowania wartości potencjalnych robót budowlanych z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia.” Zamawiający sam podkreślił, że jest świadomy, iż niniejsza dostawa sprzętu i aparatury medycznej, mogłaby w znacznej ilości przypadków zostać wykonana przez więcej niż jednego wykonawcę, lecz ze względu na inne czynniki, tj. ochrona praw wyłącznych, gwarancja na obiekt, pełna wiedza na temat obiektu, realizacja zamówienia równoległe z trwającymi robotami budowlanymi, powoduje że musi ona zostać wykonana przez konsorcjum Warbud S.A.

Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn.: III RN 16/01) oraz uchwałę KIO z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 8/09), Prezes UZP stwierdził, że wskazywanie przez zamawiającego konsorcjum Warbud S.A., jako jedyne podmiotu mogącego zrealizować przedmiotowe zamówienie jest bezzasadne. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności dostawę sprzętu medycznego, a zamówienia na dostawę mogło zostać zrealizowane przez innych funkcjonujących na rynku przedsiębiorców.

Uzasadnienie przez zamawiającego potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp konsorcjum Warbud S.A. z uwagi na czynnik techniczny, jakim według zamawiającego jest fakt, iż wykonawca jako jedyny posiada pełną znajomość parametrów obiektu i warunków panujących na terenie budowy w momencie dostawy i montażu sprzętu czy niemożnością wprowadzenia na teren budowy innych wykonawców ze względu na ryzyko naruszenia uprawnień Inwestora z tytułu gwarancji udzielonej na obiekt budowlany, również nie zasługuje na uwzględnienie. Są to okoliczności o charakterze organizacyjnym oraz gospodarczym, które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

Udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp nie uzasadnia również powoływanie się przez zamawiającego na możliwość utraty gwarancji na obiekt, w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż wykonawca zamówienia podstawowego, gdyż gwarancja jakości jest zobowiązaniem wynikającym z umowy, 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 Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 listopada 2011 r. (sygn.: KIO/KD 81/11).

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

Odnosząc się do uwagi zamawiającego dotyczącej czynności wyjaśniających, Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 163 ust. 1 ustawy Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może m.in. żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli. Z uwagi na fakt, iż przekazana przez zamawiającego do kontroli uprzedniej dokumentacja postępowania była kompletna w zakresie stanu faktycznego zamówienia, a wątpliwości budziło jedynie źródło finansowania oraz wartość zamówienia, to jedynie w tym zakresie zamawiający został wezwany do udzielenia wyjaśnień. Kwestia źródeł finansowania i wartości zamówienia musiała być wyjaśniona celem ustalenia, czy zamówienie w ogóle podlega kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego zostały przekazane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła tym samym stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 22 czerwca 2018 r. naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a i b ustawy Pzp, przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie:

„Dostawa, instalacja i uruchomienie w nowej siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego aparatury medycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń: aparat do tomoterapii, wyposażenie centralnej sterylizatorni, system CT (brachyterapia) — tomograf komputerowy do brachyterapii, system radiochirurgii (nóż cybernetyczny), rezonans magnetyczny 1,5 T, SPECT/CT— 2 szt., automatyczna śluza do przekładania pacjenta — 2 szt., tomograf komputerowy do planowania terapii” wykonawcy - konsorcjum firm Warbud S.A., VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH & CO KG oraz Porr (Polska) S.A. (dalej zwane: Konsorcjum) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli złożonych przez zamawiającego w dniu 29 czerwca 2018 r. Izba zważyła Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzedniej nie wskazał nowych okoliczności potwierdzających spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a i b ustawy Pzp uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki, wbrew ustaleniom Prezesa UZP. Nie ma istotnego znaczenia, w ocenie Izby, okoliczność, że „Zamawiający nie otrzymał od żadnego z potencjalnych wykonawców informacji, iż wskazane w ogłoszeniu przyczyny nie uzasadniają stwierdzenia, że przedmiotowe zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez wskazanego wykonawcę” dla potwierdzenia, że przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a i b ustawy Pzp zostały spełnione.

Izba zważyła także, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Stosowanie tego trybu dopuszcza się tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, wymienionych w art. 67 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie SN i NSA (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślano, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004

r. C-126/03). Przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, mogą obejmować wiele różnych stanów faktycznych, muszą jednak wystąpić przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Jak wskazywał SN „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, 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 i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku 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”. W świetle powyższego, konieczne jest wykazanie przez zamawiającego, że w danej sytuacji obiektywnie nie istnieją w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zamówienie to zrealizować. W tym zakresie Izba podzieliła opinię Prezesa UZP przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający, wskazując na przyczyny „techniczne o obiektywnym charakterze” oraz „związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów” podniósł w zgłoszonych zastrzeżeniach kwestie o charakterze organizacyjnym, w szczególności bowiem związane z organizacją placu budowy obiektu, w którym nastąpi instalacja zamawianych urządzeń. Zamawiający wskazywał na brak możliwości zapewnienia zewnętrznym wykonawcom nieograniczonego dostępu do ww. obiektu, bezkonfliktowej współpracy z konsorcjum Warbud S.A., zagwarantowanie, że panujące na placu budowy warunki (zmiany napięcia elektrycznego, drgania, itp.) umożliwią poprawne wniesienie, instalację, rozruch i utrzymanie sprzętu i aparatury medycznej będących przedmiotem zamówienia, a także - znajomość parametrów obiektu i warunków panujących na terenie budowy. Zamawiający wywodził, że prace budowlane (adaptacyjne, które stanowią niewielką część wartości przedmiotu zamówienia) mogą być wykonane jedynie przez dotychczasowego wykonawcę obiektu budowlanego, i z tego względu całe zamówienie na dostawy może być wykonane tylko przez tego wykonawcę. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że w tej sytuacji, skoro prace adaptacyjne mogą być wykonane przez jednego wykonawcę, to zamówienie na dostawy urządzeń mogą być wykonane również wyłącznie przez tego wykonawcę. W szczególności należy uwzględnić fakt, który potwierdził sam zamawiający, że na rynku jest wielu dostawców urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia. Potwierdza powyższe również dodatkowo fakt, że wykonawca robót – konsorcjum Warbud S.A. wyraził zamiar powierzenia realizacji przedmiotowego zamówienia podwykonawcom. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności dostawę sprzętu medycznego, a zamówienia na

dostawę mogło zostać zrealizowane przez innych funkcjonujących na rynku przedsiębiorców, co nie budzi żadnych wątpliwości w niniejszej sprawie.

Powoływanie się przez zamawiającego na możliwość utraty przez Inwestora gwarancji na obiekt, w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż konsorcjum Warbud S.A., w żadnym razie nie uzasadnia udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, ponieważ gwarancja jakości jest zobowiązaniem umownym, którego warunki ustalane są przez strony umowy. Warunki gwarancji mogą być zatem uzgodnione w sposób umożliwiający realizację dostaw, bez ryzyka utraty uprawnień gwarancyjnych. Izba podziela w pełni stanowisko Prezesa Urzędu, że podpisanie przez podmioty publiczne umowy zawierającej postanowienia dotyczące m.in. gwarancji czy praw autorskich, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym należy uznać za niedopuszczalne i naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

Nie zasługuje na uznanie argument zamawiającego, iż wprowadzenie przez zamawiającego do budowanego obiektu nowego sprzętu wiąże się z koniecznością przeróbki i przystosowania całości instalacji obiektu do jego podłączenia oraz z potrzebą adaptacji pomieszczeń pod nowy typ aparatów, wobec czego wykonanie zamówienia w tym zakresie przez innego wykonawcę niż konsorcjum Warbud S.A. jest technicznie niemożliwe, gdyż obiekt jest w trakcie realizacji. Jak wskazał zamawiający „obiekt jest w trakcie budowy”. Nie są to jednak przyczyny techniczne, lecz jak słusznie zauważył Kontrolujący mają one charakter organizacyjny i gospodarczy. Ponadto, w ocenie Izby, przekazanie tych robót do wykonania temu samemu wykonawcy może budzić istotne wątpliwości w zakresie możliwości prawidłowego rozliczenia prac adaptacyjnych w obiekcie, który jeszcze nie został ukończony w ramach zamówienia podstawowego.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że ustalenia poczynione przez organ kontrolujący są wynikiem pobieżnej i niepełnej analizy przekazanego do kontroli materiału. W ocenie Izby, nie ma żadnych wątpliwości co do rzetelności działania Prezesa UZP w niniejszej sprawie. Kontrolujący jednoznacznie wskazał jakich konkretnych naruszeń w zakresie przeprowadzonej procedury dopuścił się zamawiający, poprzez niewykazanie przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 163 ust. 1 ustawy Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może:

- 1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego;

2) żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli;

3) zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych.

Z treści Informacji o wyniku kontroli nie wynika, aby Kontrolujący powziął jakiegokolwiek wątpliwości w przedmiocie objętym kontrolą, oprócz kwestii dotyczących wartości zamówienia, które były przedmiotem wyjaśnień. Jak potwierdził sam zamawiający, kompletna dokumentacja przedmiotowego postępowania została doręczona Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli uprzedniej w dniu 22.05.2018 r., zgodnie z procedurą prowadzonej kontroli. Wynik kontroli został oparty na ustaleniach dokonanych na podstawie tej dokumentacji. W niniejszej sprawie uzasadnienie przez zamawiającego wyboru trybu z wolnej ręki wynika z dokumentacji postępowania i jest wiążące w sprawie. Prezes UZP nie powziął w tym zakresie wątpliwości, wobec czego nie było podstaw do składania przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień. Należy podkreślić, że żądanie wyjaśnień w ramach prowadzonej kontroli jest ustawowym uprawnieniem Kontrolującego, a stosowanie wymaga uzasadnionych podstaw.

Zarzut zamawiającego, że rozstrzygnięcie o naruszeniu art. 10 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, zapadło w oparciu o materiał dowodowy przeanalizowany w sposób pobieżny i niepełny, został podniesiony w ocenie Izby w sposób gołosłowny – nie został poparty jakimikolwiek faktami.

Izba nie podzieliła opinii zamawiającego, iż przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia w trybie innym niż wybrany związane byłoby z naruszeniem zasad, o których mowa w art. 44 ust 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2007 r. o finansach publicznych. Izba zważyła, że okoliczności potwierdzające powyższą opinie nie zostały przez zamawiającego wykazane.

Reasumując, w ocenie Izby, przedstawiona przez zamawiającego argumentacja w ramach zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku kontroli nie potwierdza, że w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, a tym samym zamawiający, poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych, naruszył także przepisy art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp. Zastrzeżenia zamawiającego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....