

Sygn. akt: KIO/KD 97/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 listopada 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 października 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Myślenice ul. Rynek 8/9 32-400 Myślenice

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2014 roku znak **UZP/ DKUE/ KD/29/14**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego świadczenia usług kompleksowej pomocy prawnej na rzecz Gminy Myślenice – Jednostki Realizującej Projekt pn. Czysta woda dla Krakowa – uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Myślenice.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Marek Koleśnikow

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Myślenice ul. Rynek 8/9 32-400 Myślenice, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 5 ust. 1a i 1b Pzp) na świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej na rzecz Gminy

Myślenice – Jednostki Realizującej Projekt pn. Czysta woda dla Krakowa – uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Myślenice.

Kancelaria Radcy Prawnego – J.K. (dalej również zwana jako „Kancelaria”) świadczyła i nadal świadczy na rzecz zamawiającego obsługę prawną. Zakres usługi obejmował min. obsługę prawną jednostki, tj. świadczenie usług kompleksowej pomocy prawnej polegającej na podejmowaniu przez wykonawcę działań, w ramach realizacji Umowy o obsługę prawną Jednostki Realizującej Projekt (JRP), uwzględniające wszystkie uwarunkowania związane z realizacją Projektu i warunki pomocy technicznej dla zamawiającego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. W ramach powyższego zamówienia, wykonawca zobowiązany był do udzielania pomocy prawnej w kwestiach związanych z planowaniem, organizacją i zarządzaniem Projektami.

Usługa ta jest świadczona na podstawie umów, których pierwsza została zawarta 04.01.2010 roku. Natomiast w wyniku negocjacji pomiędzy stronami z 30.01.2014 r., w dniu 04.02.2014 r. została zawarta nowa umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia z dotychczasowym wykonawcą usług – Kancelarią Radcy Prawnego – J.K. w Krakowie.

Jak wynika z protokołu postępowania wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 131 694,60 zł, co stanowi równowartość 31 171,05 euro. Ze szczegółowej kalkulacji cenowej sporządzonej przez wykonawcę wynika, że wartość usług związanych z wykonywaniem zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi oraz doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego oszacowano na kwotę 40 000,00 zł netto. Natomiast wartość usług obsługi prawnej z zakresu Prawa zamówień publicznych – na kwotę 94 000,00 zł netto. Nadto sam zamawiający wykazał, że 30% przedmiotowego zamówienia stanowiły usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego. Dlatego też kontrolujący Prezes UZP uznał, że na tą część zamówienia, którego przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, dopuszczalne było zastosowanie art. 5 ust. 1b Pzp.

Tym samym przedmiotem kontroli jak również opiniowania przez Izbę jest kwestia prawidłowości udzielenia zamówienia na obsługę prawną z zakresu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, udzielona w trybie art. 5 ust. 1a, w trybie niekonkurencyjnym tj. trybie z wolnej ręki.

Zamawiający w wyjaśnieniach odnoszących się do przesłanek z art. 5 ust. 1a podał, że „[...] w zakres usługi prawnej, stanowiącej przedmiot [...] zamówienia, wchodziło w szczególności opiniowanie czynności podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujące m. in.: opiniowanie czynności podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, [...] udział w postępowaniu

przetargowym po stronie zamawiającego w charakterze biegłego, opiniowanie pod względem prawnym poprawności dokumentacji postępowania oraz wszelkich działań z tym związanych, obsługa prawna procesu kontraktowania zamówień publicznych polegająca w szczególności na opiniowaniu projektów umów przygotowanych przez Zamawiającego [...] udzielanie porad i opinii prawnych oraz wyjaśnianie stosowania prawa zamówień publicznych [...]” „. Jak wskazał zamawiający powyższe czynności wykonawcy były istotne, ponieważ w okresie obowiązywania wcześniejszej umowy zawartej z ww. wykonawcą, której przedmiotem była obsługa prawna, zamawiający wszczął trzy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które trwały nieprzerwanie także już po wygaśnięciu ww. wcześniejszej umowy. Podkreślił, że brak profesjonalnego podmiotu trudniącego się w doradztwie prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych, mógłby doprowadzić do powstania uchybień w stosowaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych lub innych błędów mających niekorzystny wpływ na interesy zamawiającego, związanych z prowadzonymi, wyżej wymienionymi, postępowaniami. [...]. Dlatego też zastosowanie innych, konkurencyjnych trybów niż tryb zamówienia z wolnej ręki nie gwarantowały udzielenia temu wykonawcy zamówienia na obsługę prawną w wymaganym terminie, albo nawet w ogóle uniemożliwiłyby wyłonienie takiego wykonawcy.

Ponadto dodał, że wybranie innego podmiotu do obsługi prawnej stanowiłoby naruszenie praw autorskich co do dokumentów wytworzonych na potrzeby ww. postępowań, gdyż w przypadku udzielenia zamówienia na kompleksową obsługę prawną innemu podmiotowi niż Kancelaria Radcy Prawnego – J.K., powodowałoby konieczność zawarcia przez zamawiającego odrębnej umowy z przedmiotową Kancelarią. Przedmiotem umowy miałyby być przeniesienie praw autorskich do wytworzonych przez tę Kancelarię dokumentów, w oparciu o które zamawiający prowadzi postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Innym ewentualnym rozwiązaniem byłoby zawarcie umowy o udzielenie przez Kancelarię Radcy Prawnego – J.K. za wynagrodzeniem licencji na korzystanie z tych dokumentów. Zawarcie powyższych umów znacznie zwiększyłoby kwotę, jaką zamawiający zobowiązany byłby przeznaczyć na kompleksową obsługę prawną, bowiem zawierałaby ona zarówno wynagrodzenie dla poprzedniego wykonawcy, z tytułu praw autorskich, oraz dla nowego wykonawcy, z tytułu świadczenia obsługi prawnej.

W trakcie przeprowadzonej kontroli zarzucono zamawiającemu, że udzielając przedmiotowego zamówienia naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, i tym samym wydatkowanie środków publicznych nastąpiło z naruszeniem prawa. Wskazano, że zgodnie z art. 5 ust. 1a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym tylko w uzasadnionych przypadkach, wymienionych przykładowo w tym przepisie.

Art. 5 ust. 1a Pzp stanowi, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1 Pzp, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Kontrolujący wskazał, że zamawiający nie wykazał w żaden sposób zaistnienia którejkolwiek z ww. sytuacji uzasadniającej zastosowania dla udzielenia tego zamówienia trybu niekonkurencyjnego – wolnej ręki. Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest uprawniona ocena, że tylko wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego – J.K. w Krakowie był w stanie wykonać omawiane zamówienie przy jednoczesnym nienarażaniu zamawiającego na wzrost ceny za pełnioną usługę. W szczególności, nie jest zasadne takie stwierdzenie np. bez uprzednio przeprowadzonego rozeznania rynku oraz bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwalałby na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty. Zdaniem kontrolującego na rynku usług prawniczych istnieje wiele kancelarii prawnych, które w swojej działalności mają także świadczenie usługi wsparcia w zakresie zamówień publicznych i mogłyby zrealizować przedmiot zamówienia. Wskazał nadto, że nie można zgodzić się z zamawiającym, który twierdził, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym skutkowałoby takim opisaniem kryteriów oceny ofert, że w efekcie możliwy byłby wybór tylko Kancelarii Radcy Prawnego – J.K.. Zamawiający ma obowiązek dokonywać czynności w postępowaniu, w tym także opisu kryteriów oceny ofert, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Kryteria mogłyby zatem dotyczyć wiedzy, czy doświadczenia z zakresu stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i procedur wydatkowania środków unijnych, natomiast nie mogłyby dotyczyć wiedzy i doświadczenia z zakresu konkretnych zamówień i projektów prowadzonych przez zamawiającego. Obiektywnie określone kryteria oceny ofert, jak wskazano już wyżej, byłoby natomiast w stanie spełnić wiele podmiotów na rynku, co oznacza, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym umożliwiłoby dostęp do zamówienia również innym wykonawcom, niż tylko wybrana w trybie z wolnej ręki Kancelaria.

Natomiast odnosząc się do argumentacji zamawiającego jakoby za wyborem do obsługi

prawnej tej Kancelarii w trybie niekonkurencyjnym przemawiały także względy posiadania przez wykonawcę Kancelarię Radcy Prawnego – J.K. w Krakowie praw autorskich stwierdził, że nie ma podstaw aby w myśl przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) uznać, że przedmiot zamówienia mieści się w definicji przedmiotu prawa autorskiego i tym samym miałby być ochroną w nim przewidzianą.

Podsumowując ustalenia kontroli, kontrolujący stwierdził, że tryb zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, powinien być stosowany ze szczególną rozważą, wyłącznie w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe, gdy jednocześnie niecelowe czy znacząco utrudnione byłoby przeprowadzenie postępowania poprzedzonego ogłoszeniem. W przedmiotowej sprawie zamawiający polegał głównie na subiektywnym przekonaniu, że tylko jeden podmiot jest w stanie efektywnie zrealizować cel postępowania. Nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o których mowa w art. 5 ust 1a Pzp. W związku z powyższym, zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie usług doradztwa prawnego stanowi naruszenie art. 5 ust. 1a Pzp.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP i wniósł zastrzeżenia. Prezes UZP nie zgodził się z argumentami zamawiającego podanym w zastrzeżeniach, podtrzymał swoje stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej i następczej i w oparciu o przepis art. 167 ust. 2 Pzp zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do ustaleń faktycznych i stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W zakresie podniesionych zarzutów do wyniku kontroli na wstępie stwierdzić należy, że Prawo zamówień publicznych w art. 10 ust. 1 stanowi, że podstawowymi trybami udzielenia zamówień publicznych są tryby przetargowe tj. przetarg nieograniczony i ograniczony. Zastosowanie tych dwóch trybów ma charakter bezwarunkowy i nieograniczony, co oznacza, że dla ich zastosowania nie jest konieczne zaistnienie jakichś dodatkowych przesłanek. Dla stosowania innych trybów konieczne jest aby zaszły przesłanki wskazane w ustawie. Zasada ta nie oznacza jednak, że tryb przetargowy musi być stosowany zawsze i bez względu na zaistniałe okoliczności. Jednakże przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających

zastosowanie innych trybów jest listą zamkniętą.

W sposób szczególny zasada ta powinna dotyczyć trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie bowiem z art. 66 Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wybranym przez siebie wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach – tj. (a) w art. 5 ust. 1a i 1b Pzp oraz (b) w przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp.

Ustawodawca w sytuacji zamówienia na usługi niepriorytetowe dopuszcza w art. 5 ust. 1a Pzp możliwość wszczęcia przez zamawiającego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki w uzasadnionych przypadkach innych niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1 Pzp, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować dla zamawiającego co najmniej jedną z następujących okoliczności: zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Oceniając powyższe stwierdzić należy, że możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest możliwa tylko w uzasadnionych przypadkach, których zaistnienie zamawiający powinien wykazać. Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad jakimi rządzi się wydawanie środków publicznych w trybie udzielania zamówień i tym samym powinien być stosowany tylko w sytuacjach szczególnych dopuszczonych wprost przez przepisy ustawy. Zamawiający musi wykazać ustalone w sposób obiektywny okoliczności, dające podstawę do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania trybu niekonkurencyjnego byłyby np. skutki wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1-4 Pzp. Ponadto, niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę. Możliwość stosowania trybów nieoprzędzonych ogłoszeniem o zamówieniu, stanowi odstępstwo od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i w związku z tym przesłanki pozwalające na ich zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Możliwość przewidziana w art. 5 ust. 1a Pzp powinna ponadto uwzględniać zasadę proporcjonalności, a zatem powinna być stosowana tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję. Fakt, że przepis art. 5 ust. 1a Pzp ma charakter otwarty nie zwalnia zamawiającego od podania faktycznego i prawnego

uzasadnienia zastosowania wybranego trybu (por. uchwały Krajowej Izby Odwoławczej: z 13 maja 2011 r. (sygn. KIO/KD 37/11) oraz z 4 lipca 2012 r. (sygn. KIO/KD 56/12), 6 czerwca 2014 r. (sygn. KIO/KD 49/14).

Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że tylko udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki Kancelarii Radcy Prawnego – J.K. było dla zamawiającego zarówno merytorycznie jak ekonomicznie korzystne, gdyż po pierwsze wykonawca ten wykonywał już dla zamawiającego tego rodzaju usługi, ponadto w jednym zamówieniu udzielonym tej Kancelarii zostały udzielone zamówienia na usługi prawnicze w trybie art. 5 ust. 1b Pzp polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego oraz na pozostałe usługi prawnicze z art. 5 ust. 1a Pzp. Rozdzielenie tych zamówień, zdaniem zamawiającego powodowałoby wzrost ceny za jeden, jak i drugi rodzaj usług prawniczych, ponieważ mogłaby zdarzyć się sytuacja, że przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych udzielania zamówienia publicznych, obsługę prawną pełniłyby dwa różne podmioty, a to z kolei powodowałoby wzrost łącznej ceny za usługi prawnicze, gdyż niewątpliwie koszty dwóch kancelarii byłyby wyższe. Ponadto udzielenie zamówienia temu wykonawcy umożliwiłoby zamawiającemu korzystania nadal z opracowanej przez nią dokumentacji bez uiszczania opłat licencyjnych, co miałyby miejsce w sytuacji powierzenia wykonywania tego zamówienia innemu podmiotowi.

Wskazać należy, że zamawiający dla udzielenia tego zamówienia powinien dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy będą w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Dlatego też zamawiający powinien w sposób zgodny z przepisami ustawy opisać warunki udziału w postępowaniu, zasady oceny ich spełniania, a także opis przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny i wyboru oferty mogły zatem dotyczyć zarówno wiedzy jak i doświadczenia z zakresu stosowania ustawy i procedur wydatkowania środków unijnych, itd.

Tylko w sytuacji zaistnienia szczególnych okoliczności zamawiający może poniechać tego obowiązku i udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki negocjując warunki tylko z jednym zaproszonym wykonawcą. Analizując sytuację zamawiającego oraz okoliczności udzielenia zamówienia na usługi prawnicze Kancelarii Radcy Prawnego – J.K., zdaniem Izby, brak było jakichkolwiek podstaw do udzielenia tego zamówienia w trybie zastosowanym przez zamawiającego.

Jako nie poparte żadnym dowodem, a tym samym bezzasadne jest twierdzenie zamawiającego, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy pozbawiłoby zamawiającego możliwości właściwej obsługi prawnej, nadto wiązałoby się to z udzieleniem zamówienia dwóm wykonawcom (jedno na zastępstwo procesowe, a drugie na obsługę prawną), a inny wykonawca musiałby nabyć licencje od Kancelarii na możliwość korzystania z opracowanych dla zamawiającego dokumentów, itp. Rynek usług prawniczych jest rynkiem w pełni konkurencyjnym, na którym funkcjonuje wiele doświadczonych podmiotów mogących

sprościć wymaganiom zamawiającego w tym zakresie. Zauważenia wymaga, że profesjonalizm usługodawców z zakresu prawa, świadczony przez kancelarie radców prawnych jest cechą przynależną dla tego zawodu. Nie można było także wykluczyć sytuacji, że to dotychczasowy wykonawca usługi Kancelaria Radcy Prawnego – J.K., złoży w trybie konkurencyjnym najkorzystniejszą ofertę, którą wybierze zamawiający. Dlatego też nieprzekonywujące jest również stanowisko zamawiającego, że prowadzenie (będących już w fazie realizacji) trzech postępowań o zamówienie publiczne zmuszało zamawiającego do zawarcia umowy tylko z tą Kancelarią, gdyż tylko to gwarantowało zapewnienie mu *profesjonalnego podmiotu trudniącego się w doradztwie prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych*.

Nie może ostać się również argument, że zamawiający nie mógł sobie pozwolić na ewentualną przerwę w otrzymywaniu usługi prawnej związanej z trwaniem procedur przetargowych; otóż poprzednia umowy z Kancelarią Radcy Prawnego – J.K. była zawarta 04.01.2010 r. na okres od 04.01.2010 r. do 31.12.2013 r. Oznacza to, że zamawiający od kilku lat był świadomy czasu trwania tej umowy, a zwłaszcza tego faktu, że z końcem 2013 r. przestanie ona obowiązywać. W okresie trwania tej umowy zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym i wybór wykonawcy świadczącego usługi doradcze na kolejny okres.

Niezasadny jest również zarzut zamawiającego, że przeprowadzając postępowanie na usługi określone w art. 5 ust. 1a Pzp musiałyby udzielić dwóch oddzielnych zamówień dla dwóch różnych podmiotów, gdyż postępowanie mogło być wszczęte na całość obsługi, bez jej dzielenia na dwa ww. zakresy. Ustawa nie ustala, że udzielenie zamówienia na zastępstwa procesowe może odbyć się tylko w trybie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Trudno również uznać za zasadny argument co do tego, że oferta Kancelarii była korzystna cenowo. Nie mając rozeznania co do cen usług prawniczych na miejscowym rynku, zamawiający nie miał podstaw do takiego twierdzenia. Argumentacja zamawiającego nie została poparta jakimkolwiek dowodem, pomimo tego, że uzyskanie takich informacji nie jest problemem. Zamawiający mógł np. w tym zakresie skorzystać z możliwości jakie dają przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2014 poz. 782). Nie została przeprowadzona w tym zakresie żadna analiza rynku pokazująca zależności między zastosowanym trybem, a możliwymi do osiągnięcia cenami i jakością usług. Ponadto płacona Kancelarii za obsługę zamawiającego, kwota w wysokości 161 984,36 zł za okres 12 miesięcy tj. prawie 13,5 tys. zł miesięcznie nie wydaje się być – przy obecnej konkurencji na rynku tego rodzaju usług, kwotą atrakcyjną cenowo dla zamawiającego. Dlatego też udzielenie zamówienia bez rozeznania ile zamawiający musiałby zapłacić za taką samą usługę innemu wykonawcy nie uprawnia zamawiającego do twierdzenia, że zawarcie umowy na ten zakres zamówienia z innym wykonawcą byłoby dla

zamawiającego nieopłacalne finansowo.

Zamawiający nie wykazał także uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że w przypadku nie zawarcia umowy na następny okres, z wymienioną Kancelarią to nowy wykonawca musiałby uzyskać licencje do korzystania z dokumentacji wykonanej (opiniowanej) przez Kancelarię Radcy Prawnego – J.K.. Po pierwsze zamawiający nie wskazuje w oparciu o jaki przepis ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych lub postanowienia umowne, takie uprawnienie w ogóle mu przysługuje. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zarówno obecnej jak i poprzedniej umowy było świadczenie usług obsługi prawnej, w tym opiniowanie i przygotowywanie szeregu dokumentów przetargowych, a nie udostępniania zamawiającemu dokumentacji będącej własnością Kancelarii. Za te usługi Kancelaria pobierała umowne wynagrodzenie. Takie działanie nie jest zdaniem Izby działalnością twórczą o indywidualnym charakterze powodującą powstanie utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Ustawa ta wskazuje jako przedmiot prawa autorskiego różnego rodzaju utwory takie jak np. wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe), plastyczne, fotograficzne, lutnicze, wzornictwa, architektoniczne, urbanistyczne, muzyczne itd. Trudno doszukać się w tym zakresie usług prawniczych wykonywanych na rzecz zleceniodawcy za wynagrodzeniem.

Jednakże nawet gdyby można byłoby wywieść, że dana usługa prawnicza jest dziełem objętym ochroną prawa autorskiego to i tak w żaden sposób nie upoważniało to zamawiającego do udzielenia zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Nie jest dopuszczalna w świetle przepisów ustawy taka sytuacja, że konieczność powierzenia realizacji zamówienia tylko danemu wykonawcy, będą uzasadniały błędne czy niewłaściwe sformułowania umowy zawartej przez zamawiającego w przeszłości z danym wykonawcą, przejawiające się w braku zagwarantowania sobie praw do dokumentów wytworzonych przez Kancelarię. Akceptowanie takiej sytuacji powodowałoby na bliżej nieokreślony czas, wyłączenie raz już udzielonych cyklicznych zamówień na usługi, z rygorów udzielania zamówień publicznych wskazanych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (por. uchwałę z 11.06.2013 r. sygn. KIO/KD 54/13).

Izba odnosząc się do całości stanowiska zamawiającego w tym zakresie pozwala sobie zauważyć, że z przedstawionych argumentacji zamawiającego wynika przede wszystkim fakt, że zamawiający nie dopuszczał w ogóle możliwości udzielenia tego zamówienia innemu podmiotowi niż Kancelaria Radcy Prawnego – J.K., gdyż w zgłoszonych

zastrzeżeniach stwierdził, że *ustalenia kontroli świadczą o braku zrozumienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym, a Kancelarią, gdyż ten stosunek opiera się ściśle na zaufaniu do pełnomocnika przez mocodawcę.*

Izba stwierdza, że zamawiający stosując tryb z art. 5 ust. 1a winien był wykazać, a nie domniemywać, że udzielając przedmiotowe zamówienie bez przeprowadzenia trybu konkurencyjnego, udzielił go danemu wykonawcy z powodu, że zastosowanie innego trybu konkurencyjnego doprowadziłoby co najmniej do wypełnienia jednej z podstaw wymienionych w art. 5 ust. 1a Pzp. Wskazany katalog przesłanek uzasadniających zastosowanie przez zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki nie ma charakteru zamkniętego. Możliwość skorzystania z przesłanek zawartych w art 5 ust 1a Pzp została bowiem uzależniona od zaistnienia i wykazania przez zamawiającego szczególnych okoliczności powodujących, że skorzystanie z trybów zapewniających konkurencyjność (np.: przetarg nieograniczony) byłoby z uzasadnionych względów mniej korzystne od udzielenia zamówienia w trybie szczególnym bądź w niektórych przypadkach nadmiernie utrudnione.

Zakładanie przez zamawiającego, że tylko dotychczasowy wykonawca najlepiej i najtaniej wykona tę usługę nie zostało w tym zakresie wykazane. Wobec tego zawarcie umowy z wymienioną Kancelarią na zakres usług objętych kontrolą, zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez zamawiającego argumentację w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli i stwierdzonego w ramach tej kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy, w ocenie Izby, zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....