

Sygn. akt: KIO/KD 16/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
z dnia 11 marca 2014r.

Po rozpatrzeniu w dniu 11 marca 2014r.w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez:

Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, 01-801 Warszawa

dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 lutego 2014rokuznak: UZP/DKD/WKZ/421/12(4)/14/AM,wskazującą na naruszenie przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.)zwanej dalej „**Pzp**”

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

wykonanie robót związanych z budową pochylni dla osób niepełnosprawnych i rowerzystów przy kładce dla pieszych nad ul. Puławską przy ul. Jagielskiej w Warszawie w systemie „projektuj i buduj”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lutego 2014r.(pismo z dnia 12 lutego 2014 r.) nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „**Prezes Urzędu**”) pismem z dnia 26 lutego 2014 r. znak UZP/DKD/WKZ/421/12(7)/14/AM działając na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego tj. Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) z dnia 12 lutego 2014 r. od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie robót związanych z budową pochylni dla osób niepełnosprawnych i rowerzystów przy kładce dla pieszych nad ul. Puławską przy ul. Jagielskiej w Warszawie w systemie „projektuj i buduj”.

Jak wynika za akt postępowania przekazanych przez Prezesa Urzędu, w dniu 4 października 2011 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp na wykonanie robót związanych z budową pochylni dla osób niepełnosprawnych i rowerzystów przy kładce dla pieszych nad ul. Puławską przy ul. Jagielskiej w Warszawie w systemie „projektuj i buduj” (dalej „**Sporne Zamówienie**”) poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy – Warszawskiemu Przedsiębiorstwu Mostowemu „MOSTY” S.A. („**Wykonawca**”). Umowa w sprawie Spornego Zamówienia została zawarta w dniu 7 grudnia 2011 r.

Pismem z dnia 20 października 2011 roku, Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania na Sporne Zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Zamawiający wskazał, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia Spornego Zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy wybranemu do realizacji zamówienia podstawowego tj. budowy kładki jest zasadne

z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze ponieważ: (1) kładka wraz z pochylnią stanowi jeden obiekt budowlany, o jednakowych standardach wykonania – budowa kładki i budowa pochylni jest objęta jednym pozwoleniem na wykonanie robót budowlanych; (2) dla zakończenia zamówienia nr. NDZP/135/PN/82/08 w pełnym zakresie konieczne jest wykonanie robót związanych z budową pochylni; (3) roboty wykonywane będą równolegle na terenie placu budowy (niemożliwe byłoby w tej sytuacji wprowadzenie nowego wykonawcy).

Prezes Urzędu pismem znak UZP/DKD/WKZ/421/12(2)/14//AM z dnia 21 stycznia 2014 r. wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania na podstawie art. 165 ust. 1 Pzp w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.

W dniu 5 lutego 2014 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli doraźnej pismem znak UZP/DKD/WKZ/421/12(4)/14/AM. W ramach powyższego pisma powiadomił Zamawiającego, że stwierdził naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, poprzez niezasadne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp na realizację Spornego Zamówienia. Prezes Urzędu wskazał, że nie zaistniały okoliczności potwierdzające, iż z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym realizacja Spornego Zamówienia mogła zostać powierzona tylko jednemu wykonawcy tj. Warszawskiemu Przedsiębiorstwu Mostowemu „MOSTY” S.A.

Prezes Urzędu wskazał, że możliwość zastosowania przez wykonawców art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp jest uzależniona od łącznego spełnienia dwóch przesłanek: tj. istnienia szczególnych przyczyn technicznych zamówienia, oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawca było obiektywne niemożliwe. Prezes Urzędu wskazał, że przyczyny techniczne muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby 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 trwały.

Prezes Urzędu ponadto wskazał, że zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp nie wystarczy by dany wykonawca był w stanie zrealizować w sposób najbardziej efektywny dane zamówienie. Zamawiający musi wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w

ogóle zamówienie wykonać. W sytuacji, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować zamówienie, automatycznie wyklucza to możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie zachodziły przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp w zakresie Spornego Zamówienia. Prezes Urzędu podkreślił, że przepis ten nie może znaleźć zastosowania, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w stosunku do Spornego Zamówienia, które mogłoby być również wykonane przez innych wykonawców bowiem rynek usług projektowych oraz związanych z nim robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować Sporne Zamówienie.

Prezes Urzędu podkreślił, że Sporne Zamówienie nie stanowiło usług i robót budowlanych tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogło być świadczone tylko przez Wykonawcę. Zamawiający nie wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też rozwiązań technicznych, które powodowałyby, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze Sporne Zamówienie mogło być realizowane tylko przez dotychczasowego Wykonawcę. Zamawiający powołał się tylko na przyczyny organizacyjne („równoległe wykonywanie dwóch inwestycji na tym samym terenie nie jest możliwe, kiedy taka sytuacja nie był przewidziana w umowie z wykonawcą przebudowy kładek”, „budowa kładki i budowa pochylni objęta jest jednym pozwoleniem na budowę”), które same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną przez Zamawiającego podstawę prawną. Również dobra znajomość obiektu przez Wykonawcę czy zasada celowego i oszczędnego wydatkowania środków nie może być brana pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisów.

Prezes Urzędu wskazał jednocześnie, że konieczność dostosowania kładki dla pieszych do potrzeb osób niepełnosprawnych i rowerzystów była znana Zamawiającemu jeszcze przed przeprowadzeniem postępowania na zamówienie podstawowe i wynikała z pisma Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy z dnia 28 marca 2008 r., w którym zwracał on uwagę Zamawiającemu, że do kładek dla pieszych powinny prowadzić pochylnie dla wózków inwalidzkich i rowerów. Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający miał możliwość objęcia Spornego Zamówienia zamówieniem podstawowym. Mógł również przewidzieć odpowiednie zapisy, które pozwoliłyby

mu na wykonanie zgodnie z prawem Spornego Zamówienia w trybie z wolnej ręki (np. poprzez właściwe przewidzenie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających). Prezes Urzędu podkreślił również, że ustawa Pzp nie zezwala na tworzenie przez zamawiających sytuacji, które mogłyby prowadzić do sztucznej monopolizacji rynku, a fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym zainteresowanie realizacją danego zamówienia

W dniu 12 lutego 2014r. Zamawiający na podstawie art. 167 ust. 1 Pzp wniósł pisemne zastrzeżenia do wyników kontroli. W zakresie stanu faktycznego sprawy Zamawiający wskazał, że 16 kwietnia 2009 r. udzielił zamówienia na wykonanie projektu remontu oraz wykonanie remontu 6 kładek przez Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe „MOSTY” S.A. Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidywała możliwość rozszerzenia zakresu robót, ale sama umowa nie obejmowała wykonania pochylni. Zamówienie podstawowe nie obejmowało Spornego Zamówienia

Zamawiający wyjaśnił, że 24 maja 2009 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo inżyniera ruchu m.st. Warszawy z zaleceniem zaprojektowania pochylni przy lokalizacji m.in. Puławska. W związku z tym Zamawiający zdecydował wszcząć procedurę na udzielenie zamówienia na pochylnie przy ul. Puławskiej w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp. Zamawiający wskazał, że z chronologii zdarzeń wynika, że zalecenia Inżyniera Ruchu, co do budowy pochylni przy ul. Puławskiej powstały dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego.

Zamawiający podkreślił, że projekt budowy kładki i pochylni muszą być ze sobą spójne w zakresie konstrukcji nośnej, zastosowanych materiałów oraz innych rozwiązań gwarantujących bezpieczeństwo. Ponadto, kładka i pochylnia muszą być jednolite architektonicznie, wkomponowane w infrastrukturę ścieżek rowerowych i dojazdowych dla rowerów i wózków inwalidzkich. Realizacja powyższych celów zdaniem Zamawiającego jest możliwa tylko w przypadku jednego wykonawcy. Zamawiający wskazał również, że pozwolenie na budowę dotyczy obszaru stanowiącego odcinek ulicy. Budowa kładki wymaga również budowy w jej otoczeniu chodników, ścieżek rowerowych, zieleni i przekładki urządzeń podziemnych. Nie istnieje możliwość, aby uzyskać pozwolenie na budowę dotyczącą tego samego terenu przed rozliczeniem się z poprzedniego pozwolenia. W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, nie mogąc prowadzić dwóch budów jednocześnie należałoby najpierw wykonać kładkę, a następnie

przystąpić do wykonania pochylni na tym samym terenie. W ten sposób zniszczone zostałyby wykonane już elementy jego zagospodarowania, co skutkowałoby wydatkowaniem środków publicznych w sposób niecelowy i wbrew interesom społecznym.

W zakresie stanu prawnego sprawy Zamawiający wskazał, że zasadniczym elementem wymagającym analizy jest pojęcie „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp. Zamawiający wskazał, że pojęcie „techniczny” jest różnie interpretowane, cytując definicję zawartą w słownikach języka polskiego PWN. Zamawiający podkreślił, że pojęcie „*przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze*” również nie jest jednolicie interpretowane, zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiskach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz literaturze przedmiotu. Zamawiający przywołując literaturę przedmiotu wskazał, że wyjątek udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki z powodu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest najmniej precyzyjny spośród sytuacji uzasadniających zastosowanie tego trybu postępowania. Z przyczynami takimi mamy do czynienia w przypadku monopolu danego wykonawcy, z konieczności zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów. Wskazał jednocześnie, że od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne lub gospodarcze, choć i te w liberalnej wykładni mogą uzasadniać udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający przywołał również tezy orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 października 2005 r. (sygn. akt DF/GKO/odwł.-39/50/2005/375), w których Komisja stwierdziła między innymi, że niezasadna jest interpretacja, że udzielenie zamówienia w tym trybie jest możliwe tylko w przypadku, gdy dane zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca. Istotne w tej kwestii są również względy organizacyjne i gospodarcze warunkujące celowe, racjonalne i terminowe wykonanie zamówienia i wydatkowanie środków publicznych.

Ponadto, Zamawiający powołał się na przepisy: (a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2013 r. poz. 1409, z późn. zm.) określające zasady prowadzenia procesu budowlanego, w szczególności procedurę uzyskania pozwolenia na budowę oraz procedurę uzyskania zezwolenia na użytkowanie wieczyste; (b) art. 652 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121), stanowiący, że wykonawca, który przyjął protokolarnie teren budowy, ponosi aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie; oraz (c) art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009

r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.) stanowiący, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny.

Zamawiający w związku z udzielonymi wyjaśnieniami wnosił o uwzględnienie przedstawionych zastrzeżeń i odstąpienie od dalszego postępowania związanego z naruszeniem przepisów Pzp.

W dniu 25 lutego 2014 r. Prezes Urzędu, pismem znak UZP/DKD/WKZ/421/12(6)/14/AModpowiedział na zastrzeżenia zgłoszone do wyniku kontroli z dnia 5 lutego 2014 r. Wskazał, że Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zastrzeżeń, wskazał w pierwszej kolejności, że argumenty Zamawiającego zawarte w zawiadomieniu, przesłanych dokumentach oraz zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie uzasadniają istnienia obiektywnych przyczyn technicznych uniemożliwiających udzielenia Zamówienia wykonawcy innemu niż Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe „MOSTY” S.A. Prezes Urzędu podkreślił jednocześnie, że przedmiotem kontroli było jedynie ustalenie zgodności zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem kontroli nie była ocena przedmiotowego postępowania pod względem gospodarności, celowości i rzetelności.

Prezes Urzędu wskazał w szczególności, że zgodnie z stanowiskiem Sądu Najwyższego „przesłanka prawna jedynego wykonawcy warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. aPzp ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie występuje tylko jeden wykonawca – monopolista, świadczący tego samego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc, w danym miejscu i czasie istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego samego 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 przepisami Pzp, zasadniczo w trybie przetargu (wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 roku II RN 16.01 OSNPC 2001).

Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający ani w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym ani podczas kontroli czy też zastrzeżeń do kontroli nie wykazał na czym miałyby polegać szczególne warunki techniczne o obiektywnym charakterze uniemożliwiające wykonanie pochylni przez innych wykonawców. Ponadto, Prezes Urzędu wskazał, że podniesione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach argumenty o tym, że kładka i pochylnia muszą być spójne w zakresie konstrukcji nośnej, zastosowanych materiałów, a także innych rozwiązań gwarantujących bezpieczeństwo nie uzasadniały istnienia szczególnych przyczyn technicznych, które uniemożliwiłyby realizację zamówienia przez innych wykonawców. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 11 września 2000 r. sygn. II SA 2074/00, Wokanda 2001 Nr 1 poz. 39) nie stanowi przesłanki zastosowania 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.

Prezes Urzędu wskazał również, że rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające byłyby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Ponadto, Prezes Urzędu wskazał, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, że zalecenie Inżyniera Ruchu dotyczące budowy pochylni powstało dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowe, gdyż konieczność ta była znana Zamawiającemu jeszcze przed rozpoczęciem postępowania na zamówienie podstawowe, co wynika z pisma Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy z dnia 28 marca 2008 r. Prezes Urzędu zwrócił również uwagę, że przywołane przez Zamawiającego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KU 5/08; KIO/KD 41/09; KIO/KD 9/10) nie mogą być stosowane w przedmiotowym postępowaniu, gdyż dotyczą zupełnie odmiennych stanów faktycznych oraz odmiennego rodzaju zamówienia. Dotyczy to również orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 października 2005 r. Należy w ocenie Prezesa Urzędu jednoznacznie wskazać, że przedmiotem kontroli nie była ocena celowości wydatkowania środków publicznych.

W podsumowaniu Prezes Urzędu stwierdził, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie i Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując ustaleń na podstawie akt postępowania kontrolnego Prezesa Urzędu zważyła co następuje:

Izba podziela w całości argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu.

W ocenie Izby możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. aPzp jest uzależniona od łącznego spełnienia następujących przesłanek: (1) istnienia szczególnych przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dotyczących przedmiotu zamówienia; oraz (2) szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

Ad. 1 Szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Pzp nie zawiera katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie dziwi ten fakt, gdyż okoliczności takich nie sposób ująć w ramy przepisu prawnego, a zależą one od konkretnych okoliczności danego zamówienia.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm, parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca, albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający.

Przesłanka „szczególnych przyczyn technicznych” była przedmiotem analizy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej „**Trybunał**”). Izba wskazuje tu przede wszystkim orzeczenie Trybunału z dnia 18 maja 1997 r. wydane przeciwko Republice Włoskiej (Sprawa C-57/94) oraz orzeczenie Trybunału z dnia 2 czerwca 2005 r. wydane przeciwko Grecji (C-394/02). W orzeczeniu C-57/94, władze włoskie udzieliły dodatkowego zamówienia na

ukończenie szosy szybkiego ruchu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Republika Włosa podnosiła, iż nawet ścisła interpretacja przepisu „przyczyny techniczne” nie powinna go pozbawiać praktycznego znaczenia, argumentując, że przez „przyczyny techniczne” należy rozumieć nie techniczną zdolność określonego wykonawcy do wykonania zamówienia, ale ogół okoliczności i warunków, mających wpływ na wykonanie robót. Republika Włosa odwoływała się do wzajemnych technicznych zależności pomiędzy robotami będącymi w toku a robotami przewidzianymi w ramach kwestionowanego zamówienia. Podobnie jak Zamawiający, twierdziła, że niemożliwe jest stworzenie dwóch różnych placów budowy z uwagi na brak miejsca oraz prowadzenie odrębnych robót będących w toku jako odrębnych od robót będących przedmiotem sporu. Potrzeby techniczne w argumentacji Republiki Włoskiej wyrażały się w potrzebie planowania, koordynacji i nadzorowania robót oraz koniecznością koordynacji harmonogramu i miejsca robót będących w toku oraz robót będących przedmiotem sporu.

Trybunał stwierdził, że władze włoskie nie wykazały, że tylko jedna firma był zdolna do realizowania przedmiotowego zamówienia i że absolutnie konieczne było powierzenie temu właśnie wykonawcy prac objętych zamówieniem, co warunkuje możliwość zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Trybunał podkreślił, że nawet przyjmując, że przedstawione przez rząd włoski przyczyny mają charakter „techniczny” to należy udowodnić, że ze względu na te okoliczności konieczne było udzielenie kwestionowanego zamówienia dotychczasowemu wykonawcy.

W ocenie Izby Zamawiający nie wskazał żadnych „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” Spornego Zamówienia, które uzasadniały udzielenie zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Argumentacja Zamawiającego ograniczyła się do wskazania:

1. Ogólnych twierdzeń dotyczących technicznych aspektów projektu i budowy pochylni, bez wskazania konkretnych specyficznych dla Spornego Zamówienia norm, parametrów lub innych rozwiązań technicznych (*„Projekt obiektu budowlanego, którym jest rzeczona kładka i pochylnia musi być ze sobą spójny w zakresie konstrukcji nośnej, zastosowanych materiałów, a także innych rozwiązań gwarantujących bezpieczeństwo użytkowników obiektu oraz użytkowników ruchu drogowego. Projekt kładki i pochylni muszą być jednolite architektonicznie, wkomponowane w infrastrukturę ścieżek rowerowych i dojazdowych dla rowerów i wózków inwalidzkich. Realizacja planowanego*

przedsięwzięcia możliwa była tylko w przypadku jednego Wykonawcy projektu i robót budowlanych gwarantującego w ten sam sposób zachowanie tych samych norm, parametrów i standardów, a także rozwiązań konstrukcyjnych i układów strukturalnych kładka – pochylnia”).

2. Rzekomych korzyści, jakie wynikają z powierzenia Spornego Zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy – powierzenie Spornego Zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zapobiegło zniszczeniu wykonanych już elementów i w ten sposób zapobiegło wydatkowaniu środków publicznych w sposób niecelowy i wbrew interesom społecznym.
3. Trudności organizacyjnych, jakie wiązałyby się z udzieleniem Spornego Zamówienia innemu wykonawcy – potrzeba stworzenia drugiego placu budowy i równoległego wykonywania dwóch budów, konieczność rozliczenia się z poprzedniego pozwolenia, równoległe wykonywanie dwóch robót nie było przewidziane w umowie z wykonawcą budowy kładek.

W ocenie Izby, żadna z powyższych okoliczności nie stanowi, łącznie czy też samodzielnie, przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze, która uzasadniałaby udzielenie Spornego Zamówienia w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu Wykonawcy.

Izba podkreśla, że Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że faktycznie istnieją wyjątkowe okoliczności uzasadniające odstępstwo od udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. W ocenie Izby, Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, aby wykazać, w jaki sposób zmiana Wykonawcy zamówienia podstawowego uzasadniałaby zmianę dotychczas stosowanej przy budowie kładki technologii, norm, parametrów, co w konsekwencji mogłoby powodować powstanie niezgodności technicznego charakteru zasadniczym i nieusuwalnym pomiędzy zamówieniem podstawowym a Spornym Zamówieniem uzasadniałoby wykonanie Spornego Zamówienia przez dotychczasowego Wykonawcę. W ocenie Izby, Zamawiający, co najwyżej wskazał w swoich zastrzeżeniach na bliżej nieokreślone techniczne zależności pomiędzy robotami związanymi z budową kładki oraz z budową pochylni, nie wykazał jednak w żaden sposób, że trudności wynikające z tych wzajemnych zależności technicznych nie mogłyby zostać usunięte, jeśli roboty w ramach Spornego Zamówienia zostały zlecone innemu wykonawcy wybranemu w trybie postępowania konkurencyjnego.

Ponadto, w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego o rzekomych korzyściach wynikających z udzielenia Spornego Zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy oraz, że działanie takie było uzasadnione ze względu na zasadę gospodarowania środkami publicznymi w sposób celowy i zgodnie z interesem społecznym jest bezzasadna. Zamawiający nie przedstawił bowiem żadnych dowodów wskazujących, że udzielenie zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy jest z finansowego punktu widzenia najkorzystniejszym rozwiązaniem dla Zamawiającego. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż wynagrodzenie za budowę pochylni zostało ustalone na poziomie cen rynkowych. W ocenie Izby, Zamawiający, bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej na realizację Spornego Zamówienia nie ma wiedzy czy inni wykonawcy operujący na konkurencyjnym rynku robót budowlanych nie złożąliby bardziej korzystnych ofert na realizację Spornego Zamówienia. Zakładając nawet, jak twierdzi Zamawiający w swoich zastrzeżeniach, że powierzenie Spornego Zamówienia innemu wykonawcy wymagałoby zniszczenia już istniejących elementów zagospodarowania, to nie można wykluczyć, że wybór innego wykonawcy w trybie postępowania konkurencyjnego doprowadziłby do wyłonienia wykonawcy, który nawet przy uwzględnieniu konieczności zniszczenia elementów dotychczasowej konstrukcji, zaoferowałby cenę korzystniejszą od tej, którą ustalił Zamawiający z dotychczasowym Wykonawcą. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 3 sierpnia 2012 r. (V CA 1281/12) zasada dbałości o interes finansów publicznych powinna być brana pod uwagę przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, ale z tym zastrzeżeniem, że dbałość ta nie powinna naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z tymi zasadami, a argumentacja jakoby udzielenie Spornego Zamówienia w trybie konkurencyjnym skutkowało wydatkowaniem środków publicznych w sposób niecelowy i wbrew interesom społecznym jest bezzasadna.

Izba wskazuje jednocześnie, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp stanowi, że przyczyny techniczne uzasadniające powierzenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy muszą mieć charakter obiektywny. Oznacza to, że subiektywne przekonanie Zamawiającego, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp w tym zakresie. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający kierował się swoim subiektywnym odczuciem co do parametrów technicznych Spornego Zamówienia. Nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że parametry, technika budowy

czy użyte materiały przy konstrukcji kładki nie mogą być obiektywnie zastosowane czy dostępne dla innych wykonawców.

Ad. 2 Szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

Możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wymaga od zamawiających wykazania, że szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę. Jak podkreśla Trybunał w swoich orzeczeniach, zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że z „przyczyn technicznych” było bezwzględnie konieczne udzielenie kwestionowanego zamówienia jednemu wykonawcy (np. Sprawa C-57-93 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej).

Podobne stanowisko zawarte jest w krajowych orzeczeniach sądowych. Sąd Najwyższy wskazał, że "przesłanka prawna jedynego "wykonawcy", warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. 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 i 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, 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" (Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, OSNCP 2001, nr 22, poz. 657). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał, że "przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych" (Wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39).

W powyższą linię orzeczniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13).

Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał, że przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze dotyczące Spornego Zamówienia uzasadniały udzielenie go dotychczasowemu Wykonawcy.

Jak zostało wskazane powyżej, przesłanka istnienia jednego wykonawcy musi mieć charakter obiektywny i dotyczyć sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca mogący zrealizować dane zamówienie. Nie dotyczy to więc sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie istnieją inni wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany udowodnić taką okoliczność. Izba stwierdza, że budowa pochylni w ramach Spornego Zamówienia mogłaby być wykonana przez innych wykonawców, bo obiektywnie istniały na rynku budowlanym inne podmioty, które mogły wykonać Sporne Zamówienie. W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek specyficznych parametrów Spornego Zamówienia, unikalnych cech, które uzasadniałyby powierzenie jego wykonania dotychczasowemu Wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że roboty przewidziane w ramach realizacji Spornego Zamówienia podlegały wyjątkowym obostrzeniom technicznym.

W ocenie Izby nie można utożsamiać konieczności wykonania Spornego Zamówienia przez dotychczasowego Wykonawcę z uprzednimi zaniedbaniami i uchybieniami Zamawiającego jakie miały miejsce na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego na budowę kładki. Jak słusznie podkreślił Prezes Urzędu, Zamawiający już po otrzymaniu pisma Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy z dnia 2 marca 2008 r. powinien mieć świadomość, że będzie konieczność zrealizowania w ramach zamówienia podstawowego na budowę kładki także pochylni. Zamawiający działając racjonalnie, a przede wszystkim profesjonalnie, jako podmiot odpowiedzialny za utrzymanie i remonty dróg, który z pewnością nie po raz pierwszy przeprowadzał postępowanie na realizację remontu kładki wraz budową pochylni, powinien był wykazać się starannością i dokładną analizą elementów planowanego zamówienia. Brak wszechstronnej analizy elementów zamówienia podstawowego w sytuacji, gdy Zamawiający mógł co najmniej przypuszczać, że element pochylni powinien stanowić część zamówienia podstawowego nie może uzasadniać decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki w

oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Takie postępowanie zamawiających prowadziłyby do tworzenia sztucznych monopolii, a w konsekwencji stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych tj. zasadą konkurencyjności.

Ponadto, Izba stwierdza, że przywołane przez Zamawiającego przepisy Ustawy prawo budowlane, Ustawy Kodeksu cywilnego oraz Ustawy o finansach publicznych są bezprzedmiotowe. Przepisy te określają skutki decyzji podjętych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i nie stanowią w ocenie Izby uzasadnienia do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp To przed podjęciem decyzji o zakresie zamówienia podstawowego i nieuwzględnieniu w żaden sposób sugestii Inżyniera Ruchu m. st. Warszawy dotyczącej pochylni w ramach zamówienia podstawowego, Zamawiający powinien był dokonać analizy mających zastosowanie przepisów powyższych ustaw wraz z konsekwencjami z nich wypływającymi. Na tym etapie postępowania powyższe przepisy w ocenie Izby nie mają wpływu na wyniki kontroli Prezes Urzędu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/ KD 16/14 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....