

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 12 marca 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 lutego 2014r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**, ul.Mińska 25, 03-808 Warszawa, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej, doręczonej Zamawiającemu w dniu 4 lutego 2014 r. (znak:KNZ/4/13)w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*zamknięcie usług doradczych o charakterze ekonomiczno-finansowym w zakresie Krajowego Systemu Poboru Opłat oraz autostrady A2 na odcinkach Świecko-Nowy Tomyśl, Nowy Tomyśl-Konin*”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**  
**Daniel Konicz**  
**Piotr Kozłowski**

wyraża następującą opinię:

**nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego**

## Uzasadnienie

W dniu 16 sierpnia 2011 r. Zamawiający przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, *nazamknięcie usług doradczych o charakterze ekonomiczno – finansowym w zakresie Krajowego Systemu Poboru Opłat oraz autostrady A2 na odcinkach Świecko – Nowy Tomyśl oraz Nowy Tomyśl – Konin.*

Zamawiający udzielił zamówienia podstawowego zawierając umowę w dniu 9 kwietnia 2009 r. z PwC Polska Sp. z o.o. (nr 2406/09), po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotowa umowa obejmowała część 1 zamówienia i dotyczyła świadczenia usług doradczych o charakterze ekonomiczno – finansowym:

a) w zakresie podstawowym: świadczenie usług doradczych dla projektów drogowych, w tym projektów drogowych realizowanych w systemie PPP, w następujących korytarzach albo na następujących drogach lub odcinkach dróg:

- przebiegającym przez Polskę korytarzu obecnej i planowanej autostrady A2, w szczególności autostrady A2 na odcinku Świecko – Nowy Tomyśl – Konin oraz A2 na odcinku Stryków – Konotopa;

- pozostałych dróg krajowych wskazanych przez Zamawiającego w toku realizacji umowy z wykonawcą, z wyłączeniem dróg wskazanych na podstawie zakresu warunkowego.

b) w zakresie warunkowym: świadczenie usług doradczych dla projektów drogowych, w tym projektów drogowych realizowanych w systemie PPP, w następujących korytarzach albo na następujących drogach lub odcinkach dróg:

- przebiegającym przez Polskę korytarzu obecnej i planowanej autostrady A1, na odcinku Stryków – Pyrzowice oraz Gdańsk – Toruń;

- przebiegającym przez Polskę korytarzu obecnej i planowanej autostrady A4, w szczególności na odcinku Katowice – Kraków;

- przebiegającym przez Polskę korytarzu obecnej i planowanej autostrady A6, A8 oraz A18;

- pozostałych dróg krajowych wskazanych przez Zamawiającego w toku realizacji umowy z wykonawcą, z wyłączeniem dróg wskazanych na podstawie zakresu podstawowego.

Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy z dnia 9 kwietnia 2009 r., wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług na podstawie każdorazowych zleceń składanych przez Zamawiającego. W § 5 określone zostało całkowite wynagrodzenie za świadczone usługi, które nie mogło przekroczyć kwoty 4.508.196,72 zł netto. Wynagrodzenie było rozliczane w cyklach miesięcznych, a podstawę do wystawienia faktur stanowiły miesięczne raporty wykonawcy zawierające zestawienie wykonanych usług.

Wykonawca przygotowywał różnorodne analizy, uczestniczył w spotkaniach roboczych i plenarnych oraz wspierał Zamawiającego w procesach realizacji projektów, w tym Krajowego Systemu Poboru Opłat (dalej: KSPO) oraz odcinków autostrady płatnej A2 Świecko – Nowy Tomyśl, Konin – Nowy Tomyśl oraz Stryków – Konotopa. Szczegółowy zakres zleceń wynikających z umowy podstawowej został ujęty w sporządzonych przez wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego raportach miesięcznych od nr 1 do nr 34. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że realizacja zleceń z umowy podstawowej zakończyła się w lutym 2012 r.

Zamawiający wskazał, iż pełen zakres usług doradczych niezbędnych do wykonania w celu zakończenia projektów nie był znany w momencie zawierania umowy podstawowej i nie został w niej ujęty. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż w tym czasie nie dysponował zakresem i harmonogramem wdrożenia projektu systemu KSPO, gdyż nie przystąpił jeszcze do wykonania studium wykonalności i materiałów przetargowych. Zamawiający podkreślił, iż większe zaangażowanie wykonawcy wiązało się z późniejszym działaniem stron trzecich (w tym Autostrady Wielkopolskiej S.A.). Powyższe miało wpływ na wykorzystanie większej, niż spodziewana części budżetu. W konsekwencji, zlecenie usług nie było już możliwe w oparciu o umowę podstawową, a nie zostały ukończone wszystkie projekty objęte doradztwem PwC Polska Sp. z o.o. Z informacji przekazanych przez Zamawiającego wynika, że na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego kwota, jaka pozostała do wykorzystania na usługi doradcze w ramach umowy podstawowej wynosiła 913.024,62 zł.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2011 r. wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki, wysyłając wykonawcy zamówienia podstawowego zaproszenie do negocjacji. Umowa w sprawie zamówienia dodatkowego została zawarta w dniu 17 października 2011 r. (nr 3708/11), a jej przedmiot obejmował doradztwo ekonomiczno – finansowe w zakresie Krajowego Systemu Poboru Opłat oraz autostrady A2 na odcinkach Świecko – Nowy Tomyśl oraz Nowy Tomyśl – Konin. Zasady wykonywania usług były takie same jak w umowie podstawowej. Przedmiot poszczególnych zleceń zawarty został w raportach miesięcznych nr 35 – 47. Realizacja zakończyła się w marcu 2013 r.

Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę postępowania o udzielenie ww. zamówienia publicznego, która wykazała, że Zamawiający przy udzielaniu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy Pzp, a w konsekwencji przepisu art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Kontrolującego, w przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do wykonania

zamówienia podstawowego. W istocie, zdaniem Prezesa Urzędu, realizacja zamówienia dodatkowego miała na celu kontynuację usług doradztwa w projektach drogowych realizowanych przez Zamawiającego. Udzielenie zamówienia dodatkowego ściśle związane było z wyczerpaniem przewidzianych w zamówieniu podstawowym środków finansowych. Tym samym, realizacja zleceń dodatkowych nie była warunkiem odbioru prac wynikających z umowy podstawowej.

Istotne jest również, że każde zlecenie składające się na zamówienie podstawowe zostało zrealizowane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, bez wykonania zamówienia dodatkowego. Zamówienie podstawowe zostało wykonane, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, w lutym 2012 r. Odebranie ostatniego zlecenia wynikającego z zamówienia dodatkowego, Zamawiający potwierdził protokołem z dnia 7 marca 2013 r. Brak wykonania zadania dodatkowego, nie mógł więc spowodować, że zamówienie podstawowe nie zostałoby zrealizowane, gdyż zostało ono już zrealizowane wcześniej. W konsekwencji stwierdzono, iż zlecenia wykonane w ramach zamówienia dodatkowego, stanowią oddzielne opracowania, nieuzależnione od zadania podstawowego.

Co ważne, zdaniem Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, uwzględniając, że nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Kontrolujący podkreślił, że przedmiot zamówienia został określony szeroko, aby objąć ewentualnym doradztwem jak najwięcej projektów drogowych. Jedyne ograniczenia stanowiły suma wynagrodzeń za wykonanie poszczególnych zleceń oraz okres obowiązywania umowy. Tym samym stwierdzono, że zasady realizacji zamówienia były Zamawiającemu znane w momencie jego udzielania, a nieprzewidywalność zakresu poszczególnych zleceń stanowiła istotny element umowy, który pozwalał na wykorzystanie usług wykonawcy w wielu projektach. Jednocześnie, Zamawiający miał świadomość realizacji umowy podstawowej, a w związku z tym i tego, że wyczerpaniu ulega kwota wynagrodzenia wykonawcy.

Nadto zwrócono uwagę, iż Zamawiający, szczególnie w przypadku tak szerokiego określenia przedmiotu zamówienia podstawowego, miał możliwość już na etapie przetargu nieograniczonego przewidzieć odpowiednie klauzule, które pozwoliłyby na kontynuację doradztwa wykonawcy (np. poprzez właściwe przewidzenie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających). Potrzeba dalszego doradztwa przy projektach drogowych oraz brak odpowiednich klauzul w przetargu i umowie podstawowej, nie może stanowić obiektywnych przyczyn uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto, jak podkreślono, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z przyczynami technicznymi, czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w stosunku do możliwości powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy. Zamawiający, uzasadniając powyższe wskazał, iż dotychczasowy wykonawca dysponował dogłębną znajomością projektów oraz doświadczonymi ekspertami, miał wypracowane *know-how*. Stwierdził także, iż za udzieleniem przedmiotowego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym przemawiała kwestia czasu, jaki byłoby potrzebny innym wykonawcom na zapoznanie się z realizowanymi projektami. Zamawiający przedstawił również przypuszczalną kalkulację kosztów związanych z transferem wiedzy i *know-how* na nowego wykonawcę. Jednocześnie postanowienia zawarte w umowie podstawowej pozwalały na zapoznanie się z dotychczasowymi opracowaniami przez innego wykonawcę. Powołana zaś przez Zamawiającego kwestia czasu, zdaniem Prezesa UZP, ma jedynie charakter organizacyjny, który to sam w sobie nie stanowi o wypełnieniu przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp. Podkreślono, że należy wyraźnie odróżnić koszty związane z przygotowaniem nowego zamówienia od niewspółmiernie wysokich kosztów związanych z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. Wyliczenia Zamawiającego wskazujące na to, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy pozwoli ograniczyć koszty, w ocenie Kontrolującego, są jedynie jego przypuszczeniem, albowiem procedura otwarta mogłaby doprowadzić do wyboru wykonawcy realizującego dotychczasowe usługi bądź innego wykonawcy, który złożyłby ofertę korzystniejszą.

Pismem z dnia 11 lutego 2014 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli. Zamawiający podniósł, że jedną z najważniejszych kwestii, których Prezes Urzędu nie uwzględnił w toku kontroli - co miało wpływ na niewłaściwe ustalenia stanu faktycznego sprawy - było niedokonanie analizy treści zleceń składanych przez Zamawiającego w toku umowy podstawowej, a także rezultatów wykonywania tych zleceń przez Wykonawcę. Prezes UZP ograniczając się do badania jedynie raportów miesięcznych Wykonawcy z wykonania poszczególnych zleceń w danym miesiącu, w ocenie Zamawiającego, nie mógł dokonać pełnej analizy sposobu wykonywania umowy podstawowej, a tym bardziej prac niezbędnych do jej prawidłowego wykonania. Stąd też niewłaściwie przyjął, iż udzielone zamówienie dodatkowe nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Istotny, zdaniem Zamawiającego, jest charakter prawny umowy będącej podstawą wykonania zamówienia podstawowego. Umowa miała charakter umowy ramowej o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 kodeksu cywilnego, która zobowiązywała

Wykonawcę do wykonywania zleceń skonkretyzowanych w trybie § 3 ust. 1 umowy. Umowa nie przewidywała z istoty rzeczy przedmiotu zleceń, a więc świadczeń Wykonawcy, ale wyłącznie rodzaj świadczeń, jakie będzie zobowiązany wykonać Wykonawca.

W ocenie Zamawiającego, analiza pełnej treści zleceń wskazuje na to, że umowa faktycznie miała charakter umowy, na podstawie której Wykonawca był zobowiązany do osiągnięcia określonych w zleceniach celów świadczonych przez niego usług doradczych.

Zamawiający wskazał, że w toku wykonywania umowy podstawowej powstały okoliczności, których Zamawiający nie mógł antycypować, a które spowodowały, iż Wykonawca - z przyczyn obiektywnych - nie był w stanie osiągnąć rezultatów wyznaczonych w zleceniach w ramach umowy podstawowej, bez wykonania dodatkowych prac objętych umową dodatkową. Okolicznością tą w szczególności był powstały spór pomiędzy Zamawiającym a Autostradą Wielkopolską S.A. w zakresie zwrotu przez Autostradę Wielkopolską S.A. nienależnie otrzymanej części rekompensaty z tytułu utraty przez Skarb Państwa przychodów na skutek funkcjonowania systemu winietowego.

Odnosnie umowy dodatkowej, Zamawiający podał, że świadczenia Wykonawcy zostały skonkretyzowane już w § 1 ust. 1 i 2 umowy dodatkowej i w załączniku nr 2 do umowy dodatkowej. Zgodnie z nim, zakres świadczenia Wykonawcy polegał na wykonaniu prac niezbędnych do osiągnięcia rezultatów, które Wykonawca winien był osiągnąć na podstawie zleceń wydanych mu przez Zamawiającego na podstawie umowy podstawowej.

Wykonanie umowy podstawowej było uwarunkowane osiągnięciem przez Wykonawcę rezultatów skonkretyzowanych w zleceniach, w tym w szczególności w zleceniu nr 6, nr 10, nr 13, nr 21 i nr 22. Rezultaty wymagane od Wykonawcy w tych zleceniach - po wykonaniu prac objętych umową dodatkową - zostały osiągnięte dopiero w marcu 2013 r. W konsekwencji, dopiero w wyniku wykonania przez Wykonawcę na podstawie umowy dodatkowej prac nią objętych, osiągnięty został rezultat zlecenia nr 6, nr 10, nr 13, nr 21 i nr 22, a więc i dopiero wtedy umowa podstawowa została należycie wykonana.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że Prezes Urzędu mylnie utożsamia odbiór przez Zamawiającego analiz i prac wykonywanych w ramach zleceń, z wykonaniem umowy podstawowej polegającej na osiągnięciu rezultatów wskazanych w zleceniach.

Zamawiający podkreślił, iż teza Prezesa UZP, iż jedynym możliwym weryfikatorem niewspółmierności kosztów oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego jest przeprowadzenie zamówienia w procedurze otwartej, jest zupełnie niezgodna z logiką i celem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, przedstawił on w zawiadomieniu, a także w ramach udzielanych Prezesowi UZP wyjaśnień w toku kontroli, wiarygodne i uzasadnione wyliczenia, które wysoce uprawdopodobniają, iż oddzielając zamówienie dodatkowe od zamówienia

podstawowego, poniósłby on niewspółmiernie wysokie koszty w stosunku do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu stwierdził, iż umowa podstawowa, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie określała ściśle określonego rezultatu, lecz jej istotą było staranne działanie polegające na doradzaniu Zamawiającemu w wymienionych przez niego projektach. Wykonawca świadczył typowe usługi doradcze związane z zagadnieniami pojawiającymi się w działalności Zamawiającego, biorąc pod uwagę stan faktyczny i prawny obowiązujący w dacie zlecenia.

Ustosunkowując się do kolejnych argumentów Zamawiającego zawartych w zastrzeżeniach podkreślono, iż Prezes Urzędu, odnosił się do kwestii nieprzewidywalności w kontekście zasad wykonywania umowy podstawowej. Jedynymi ograniczeniami dla zlecenia nieprzewidywalnych usług związanych z realizacją projektów drogowych, na podstawie zawartej przez Zamawiającego umowy, były termin obowiązywania umowy oraz kwota całkowitego wynagrodzenia.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie można uznać, że wraz z wyczerpaniem się kwoty wynikającej z zamówienia podstawowego, występuje konieczność wykonania innych, nieprzewidzianych usług. Celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie może być umożliwienie świadczenia usług przez ten sam podmiot w wydłużonym okresie. Zamawiający miał możliwość już na etapie procedury przetargowej przewidzieć odpowiednie klauzule w kontrakcie, które pozwoliłyby na rozszerzenie czasowe wykonywanej usługi. Zaś w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podstawowego, Zamawiający nie przewidział możliwości udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp ustanawia prymat trybów konkurencyjnych w procesie udzielania zamówień publicznych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp). Zasadą więc winno być udzielanie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego albo nieograniczonego. Skoro tak, to jako wyjątek od reguły należy traktować sytuację, w której zamówienie publiczne udzielane jest w innym trybie. Zresztą wyjątkowość wykorzystania trybów niekonkurencyjnych w toku udzielania zamówienia publicznego wyartykułował sam ustawodawca stanowiąc, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp).

Przechodząc do analizy przesłanek zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnotować należy, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego jest zatem udzielenie tegoż zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, w zakresie nieobjętym przedmiotem udzielonego zamówienia, którego realizacja okazała się konieczna dla właściwego wykonania zamówienia podstawowego z zastrzeżeniem, że potrzeby udzielenia zamówienia dodatkowego, przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający nie mógł przewidzieć. Jednocześnie, zamawiający jest obowiązany wykazać, iż z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że twierdzenia Zamawiającego o rzekomym pominięciu kluczowych kwestii, a mianowicie niedokonanie analizy treści zleceń składanych przez Zamawiającego w toku realizacji zamówienia podstawowego, a także rezultatów wykonywania tych zleceń, co zadecydowało o niewłaściwym ustaleniu stanu faktycznego nie znajdują uzasadnienia. Rozstrzygające znaczenie w niniejszej sprawie ma charakter i przedmiot umowy zawartej w ramach zamówienia podstawowego. Uchwycenie istoty zamówienia podstawowego i skonfrontowanie go z zamówieniem dodatkowym przesądza o trafności dokonanej oceny, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Sugerowanie zaś przez Zamawiającego, że treść raportów miesięcznych nie odpowiada treści zleceń, co wskazuje, jak zdaje się twierdzić Zamawiający, na nieosiągnięcie celów tych zleceń, stanowi element argumentacji Zamawiającego służącej wykazaniu prawidłowości jego postępowania, w oderwaniu jednakże od istoty zamówienia podstawowego.



W ocenie Izby, jakkolwiek należy zgodzić się z Zamawiającym, że istotne znaczenie dla oceny prawidłowości udzielenia zamówienia dodatkowego ma charakter umowy, na podstawie której realizowano zamówienie podstawowe, to już absolutnie nie można podzielić twierdzeń Zamawiającego odnośnie umowy na zamówienie dodatkowe, a mianowicie że *„umowa faktycznie miała charakter umowy, na podstawie której Wykonawca był zobowiązany do osiągnięcia określonych w Zleceniach celów świadczonych przez niego usług doradczych.”*

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że umowa o doradztwo jest przykładem umów nienazwanych, do których stosuje się przepis art. 750 k.c. Zaliczenie zaś przedmiotowej umowy do umów regulowanych powołanym przepisem ma daleko idące skutki. Oznacza bowiem, że mamy do czynienia z umową o świadczenie usług polegających na dokonywaniu czynności faktycznych, które nie są uregulowane innymi przepisami. Rzeczona umowa o świadczenie usług nie jest umową, której celem byłoby osiągnięcie rezultatu, pozwalającego na jej zakwalifikowanie jako umowy o dzieło. Innymi słowy umowy o osiągnięcie rezultatu stanowiącego dzieło w rozumieniu przepisów art. 627 i n. k.c. dotyczących umowy o dzieło nie mogą zostać zakwalifikowane jako umowy o świadczenie usług. Oznacza to, że z zakresu art. 750 k.c. wyłączone są nie tylko umowy o dzieło, ale także inne umowy nazwane, których celem jest osiągnięcie określonego rezultatu, zarówno takie, do których przepisy o umowie o dzieło znajdują odpowiednie zastosowanie, jak i takie, które mają regulację ustawową niezawierającą takiego odesłania. Ponadto wyłączone są spod dyspozycji art. 750 k.c. umowy nienazwane, których istota wykazuje zbieżność z umową o dzieło, uzasadniającą stosowanie przepisów o tej umowie w drodze analogii (np. nieodpłatne wykonanie dzieła).

Niewątpliwie w zakresie zastosowania art. 750 k.c. mieszczą się umowy, w których powinnym zachowaniem dłużnika jest wykonywanie czynności faktycznych zmierzających w jakimś kierunku, ale dłużnik nie zobowiązuje się do osiągnięcia celu tych czynności. Charakter usług doradczych w istocie nie pozwala na skonkretyzowanie celu usług doradczych, ale już możliwe jest określenie ich zakresu, elementów, przedmiotu.

W niniejszej sprawie Zamawiający określił ramy zamówienia podstawowego w umowie, a poszczególne czynności wykonywane były na podstawie zleceń udzielanych przez Zamawiającego. Jednakże analiza zakresu tych zleceń, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie prowadzi do wniosku, iż efektem wykonania zlecenia miało być osiągnięcie jakiegoś celu. Zamawiający bowiem w sposób nieuprawniony doszukuje się w zleceniu konkretnych czynności faktycznych określenia celu. Oczywistym jest, że doradztwo w zakresie wdrożenia, dla przykładu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat wymagało przeprowadzenia wielu analiz w różnych aspektach, ale nie oznacza to, że analiza opcji

finansowania i modeli operacyjnych stanowi ten cel. Nie ma bowiem powodu i podstaw, aby czynnościom faktycznym realizowanym w ramach doradztwa przypisywać charakter celu.

Istotą zamówienia podstawowego było świadczenie usług doradczych przy projektach realizowanych przez Zamawiającego, a konkretyzowanie przedmiotu zleceń uzależnione było od potrzeb Zamawiającego, które były determinowane rodzajem inwestycji, etapem jej realizacji i uwarunkowaniami zewnętrznymi (np. zachowania wykonawców inwestycji). Jednocześnie zakres świadczonych usług był ograniczony w czasie (okres obowiązywania umowy) i wielkością finansowania. Ustalenie powyższego powoduje, że koncepcja wytyczenia rzekomych celów w ramach realizacji zamówienia podstawowego odpada i tym samym dokonywanie analizy raportów w świetle zleceń nie ma żadnego znaczenia.

Co więcej, uchwycenie istoty zamówienia podstawowego powoduje, że zamówienie dodatkowe, które polegało na zamknięciu usług doradczych o charakterze ekonomiczno-finansowym w zakresie Krajowego Systemu Poboru Opłat oraz autostrady A2 na odcinakach Świecko-Nowy Tomyśl, Nowy Tomyśl-Konin nie może być zakwalifikowane jako niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jednocześnie brak aktualizacji wskazanej przesłanki w niniejszym stanie faktycznym powoduje, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie mógł stanowić podstawy do udzielenia zamówienia dodatkowego.

Jakkolwiek zawrócić należy uwagę, że określenie przedmiotu zamówienia dodatkowego (zamknięcie usług doradczych) mogłoby sugerować, że wykonanie zamówienia podstawowego jest niemożliwe bez realizacji zamówienia dodatkowego, to wniosek ten upada po przeprowadzeniu analizy charakteru zamówienia podstawowego.

Konkretyzowanie przedmiotu zamówienia podstawowego w ramach sukcesywnie wydawanych zleceń przesądza, że Zamawiającemu chodziło o świadczenie usług na bieżąco i według aktualnych potrzeb Zamawiającego, co oznacza, że warunkowanie realizacji zamówienia podstawowego możliwością wykonania zamówienia dodatkowego nie znajduje podstaw.

Nadto rozbieżność czasowa w realizacji zamówienia podstawowego i dodatkowego wyklucza potrzebę wykonania zamówienia dodatkowego w celu ukończenia zamówienia podstawowego.

Okoliczność, że przedmiotem zamówienia dodatkowego zostały objęte usługi dotyczące Krajowego Systemu Poboru Opłat oraz korytarza obecnego i planowanej Autostrady A2, a więc stanowiące pewną kontynuację usług doradczych świadczonych w odniesieniu do wskazanych inwestycji w ramach zamówienia podstawowego nie oznacza, że

dopóki będzie potrzeba świadczenia usług dotyczących tych projektów dopóty będzie podstawa do udzielania zamówień dodatkowych, jeśli w ramach zamówienia podstawowego z powodu upływu czasu i wyczerpania źródeł finansowania nie będzie możliwości świadczenia rzeczonych usług.

Prowadzenie dalszej analizy przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w aspekcie ich aktualizacji w niniejszym stanie faktycznym staje się bezprzedmiotowe z uwagi na brak zależności pomiędzy realizacją zamówienia podstawowego i dodatkowego, ujętych w powołanym przepisie.

Podsumowując należy podkreślić, że zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z wielką ostrożnością, a ziszczenie się przesłanek uprawniających do zastosowania przedmiotowej instytucji winno być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający tego obowiązku nie udźwignął, wskazując na przyczyny irrelevantne z punktu widzenia prawa, nieuzasadnione lub też niepotwierdzające stanowiska Zamawiającego.

W piśmie z dnia 4 marca 2014 r., skierowanym do Izby, Zamawiający przedstawił argumentację mającą na celu wykazanie podstaw do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki również na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jednakże przedmiotowa kwestia pozostaje poza rozważeniami Izby. Z mocy przepisu art. 167 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza rozpatruje zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego. Rolą Izby jest więc analiza zgłoszonych zastrzeżeń w kontekście wyniku kontroli. Oznacza to, że skuteczne podważenie rzeczowego wyniku może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której Zamawiający wykaże, iż Prezes Urzędu błędnie ustalił stan faktyczny lub dokonał wadliwej oceny prawnej prawidłowo ustalonych okoliczności faktycznych sprawy. Zadaniem Izby nie jest zaś ocena postępowania Zamawiającego w innym aspekcie niż ten, który był objęty kontrolą. Prezes Urzędu poddał analizie poprawność udzielenia przez Zamawiającego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem taka została podana przy wszczęciu postępowania, a skoro Izba opiniuje zastrzeżenia Zamawiającego, które dotyczą przeprowadzonej kontroli w konkretnym stanie faktycznym i prawnym to przedmiotem opinii nie może być ocena, która wykracza poza te ramy.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....