

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 10 sierpnia 2018 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 11 lipca 2018 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Muzeum Kolejnictwa w Warszawie, którego prawa i obowiązki na skutek likwidacji przejęło Województwo Mazowieckie w Warszawie

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/WKZ3/421/18(3)/18/SO, w przedmiocie zamówienia *wykonanie czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Ewa Sikorska

Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Zamawiający – Muzeum Kolejnictwa w Warszawie zlikwidowane uchwałą Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 25 stycznia 2016 roku, którego prawa i obowiązki na skutek likwidacji przejęło Województwo Mazowieckie w Warszawie – przeprowadził zamówienie z wolnej ręki na *wykonanie czwartego poziomego utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (UZP/DKZP/WKZ3/421/18(3)/18/SO):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie czwartego poziomego utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy Pzp), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”), na podstawie art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W uzasadnieniu wyników kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Prezes Urzędu podał, że z analizy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego - Muzeum Kolejnictwa w Warszawie, którego prawa i obowiązki przejęło Województwo Mazowieckie na skutek likwidacji muzeum wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *wykonanie czwartego poziomego utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*, był art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 19 października 2015 r.

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że jako Wykonawcę przedmiotowego zamówienia Zamawiający wskazał Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na

Śląsku z siedzibą w Jaworzynie Śląskiej. Uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki, Zamawiający wskazał we wspomnianym ogłoszeniu, że w prowadzonych kolejno dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nie wpłynęła żadna oferta. Zamawiający wyjaśnił, że przy wyborze wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki kierował się potrzebą zachowania wartościowego obiektu muzealnego oraz faktem, że podstawowym celem działalności Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku jest ochrona dziedzictwa kultury technicznej, m in. przez konserwację oraz rewitalizację historycznych obiektów przemysłowych. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, wybrany wykonawca posiada doświadczenie i niezbędne zasoby do realizacji tego typu działań. Zamawiający poinformował również, że przedmiotowe zamówienie nie było współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Z nadesłanych przez Zamawiającego dokumentów i wyjaśnień wynika, że udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzedzone było przeprowadzaniem dwóch postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, na *wykonanie piątego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*:

- pierwsze postępowanie (oznaczenie sprawy: Muz-ZP.263.5.2015.RM) zostało wszczęte w dniu 3 sierpnia 2015 r. (ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych urzędu Zamówień Publicznych [dalej: „BZP”] nr 197276 - 2015), w dniu 17 sierpnia 2015 r. zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż do upływu terminu składania ofert nie wpłynęła żadna oferta,
- drugie postępowanie (oznaczenie sprawy: Muz-ZP.263.6.2015.AG) zostało wszczęte w dniu 7 września 2015 r. (ogłoszenie w BZP nr 232250 - 2015), w dniu 21 września 2015 r. zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż do upływu terminu składania ofert nie wpłynęła żadna oferta.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), zakres przedmiotowy ww. zamówień obejmował:

- 1) Przeprowadzenie rewizji, naprawy i wymiany zużytych zespołów, części i elementów parowozu i doprowadzenie go do stanu użyteczności pozwalającej na jego dalszą bezawaryjną pracę.
- 2) Demontaż, zbadanie i sprawdzenie wszystkich części podwozia parowozu oraz tendra, silników parowych, mechanizmów napędowych i parorozdzielaczy oraz wszystkich urządzeń pomocniczych, naprawę lub wymianę części zużytych i uszkodzonych oraz części niemających na powierzchniach pracujących zapasu na

dalsze zużycie, tak aby naprawa zapewniała prawidłową pracę parowozu do czasu następnego równoznacznego poziomu utrzymania.

- 3) W obrębie kotła - demontaż kotła z ostoi parowozu, wymianę płomienie i płomieniówek, wymianę skrzyni ogniowej, wieńca stopowego, części zewnętrznych ścian stojaka, wymianę kompletnych gniazd wyczystkowych, uszkodzonych zespórek, pomiary grubości walczaka z ewentualną wymianą blach, kompletną naprawę przegrzewacza pary z wymianą rur parowych, naprawę klap popielnika z ewentualną modyfikacją, naprawę belek rusztowych oraz wymianę rusztowin na nowe z zabezpieczeniem 50% rusztowin w zapasie; podjęcie następujących czynności wobec osprzętu kotła:
- a) wodowskaz - naprawa,
 - b) korki łatwotopliwe - wymiana,
 - c) zawory bezpieczeństwa - naprawa,
 - d) manometry kotłowe i powietrzne - wymiana,
 - e) kurki probiercze - naprawa lub wymiana,
 - f) inżektory - naprawa,
 - g) zawór przepustnicy i zespół sterowania przepustnicą - naprawa,
 - h) zawory odmulające - naprawa lub wymiana,
 - i) gwizdawka parowa - naprawa,
 - j) zawory zasilające kocioł - naprawa,
 - k) kolumna parorozdzielcza naprawa, wymiana zaworów,
 - l) dymnica - naprawa,
 - m) siatka odiskierna - naprawa z wymianą siatki,
 - n) drzwiczki paleniska - naprawa,
 - o) otulina kotła - naprawa.

Rewizję wewnętrzną, naprawę oraz próbę ciśnieniową kotła należy przeprowadzić pod nadzorem Transportowego Dozoru Technicznego, oraz że należy sporządzić wymaganą dokumentację naprawy kotła.

- 4) W obrębie podwozia parowozu i układu napędowego - wymontowanie zestawów kołowych z parowozu i tendra, naprawa zestawów kołowych z zachowaniem wymiarów naprawczych i prawidłowego profilu zarysu obręczy; sporządzenie protokołu z pomiarów, zgodnie z dokumentacją DSU; sprawdzenie stanu prowadnic łożysk osiowych, regenerację wszystkich łożysk ślizgowych, resorów nośnych, wieszaków, wahaczy, rewizję umocowania cylindrów silników parowych, tłoków, suwaków, trzonów, stawideł, korbowodów i wiązarów, w razie potrzeby naprawę ww.

elementów w zakresie zapewniającym bezpieczeństwo i niezawodność pracy parowozu; naprawę urządzeń zderzakowo-sprzęgłowych oraz sprzęgu pomiędzy parowozem a tendrem.

- 5) W obrębie tendra - wykonanie nowej skrzyni węglowej i wodnej z zastosowaniem nitów w formie atrapy wizualnej; wymianę zaworów wodnych i węży gumowych pomiędzy tendrem a parowozem; naprawę podwozia tendra.
- 6) W obrębie układu hamulcowego - naprawę 2 sztuk sprężarek parowozowych (jednej zapasowej); rewizję i naprawę całego układu hamulca, cylindrów hamulcowych z wymianą uszczelnień, wymianę elastycznych sprzęgów hamulcowych i zaworów oraz wszystkich przewodów gumowych; naprawę przekładni dźwigniowej, wieszaków hamulcowych, wymianę wszystkich wstawek hamulcowych; rewizję wewnętrzną i próbę ciśnieniową zbiorników sprężonego powietrza; zabezpieczenie 1 dodatkowego kompletu wstawek hamulcowych parowozu i tendra.
- 7) W obrębie instalacji elektrycznej - rewizję i naprawę turbogeneratora oraz całej instalacji elektrycznej, wymianę przewodów elektrycznych oraz elementów połączeniowych na nowe.
- 8) W obrębie budki maszynisty - sprawdzenie i ewentualną naprawę podłogi, okien i dachu drewnianego poszycia wewnętrznego, wykonanie wywietrznika dachowego.
- 9) Sukcesywne zabezpieczenie antykorozyjne oraz malowanie zewnętrzne elementów parowozu i tendra podczas naprawy; malowanie zewnętrzne po zakończeniu naprawy; realizując powyższe czynności wykonawca był zobowiązany do zachowania dotychczasowej kolorystyki parowozu i tendra, ewentualnie do uzgadniania z Zamawiającym korekt malowania, oraz do zachowania podwyższonej estetyki zewnętrznej z zastosowaniem wysokiej jakości powłok malarskich oraz miedzianych rur zewnętrznych.
- 10) Wykonanie niezbędnej dokumentacji powykonawczej oraz dokonanie wpisów w dokumentacji lokomotywy, po wykonaniu napraw.
- 11) Rozładunek i załadunek lokomotywy na terenie zakładu naprawczego.
- 12) Wykonanie regulacji i jazdy próbnej pociągiem na trasie Sochaczewskiej Kolei Muzealnej oraz sporządzenie stosownych protokołów zgodnie z dokumentacją DSU, po zakończeniu naprawy.

Termin realizacji zamówienia w obu ww. postępowaniach został wskazany w pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- 1) w sprawie Muz-ZP.263.5.2015.RM wynosił 120 dni licząc od dnia podpisania umowy;

- 2) w sprawie Muz-ZP.263.6.2015.AG wskazano, iż wykonawca zobowiązany jest do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 30 kwietnia 2016 r.; jednocześnie Zamawiający wymagał wykonania 30 - 40 % zakresu przedmiotu zamówienia w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 10 grudnia 2015 r.

W dniu 19 października 2015 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki przez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku. W dniu 3 listopada 2015 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą została zawarta umowa na *wykonanie czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła* (nr umowy: 136/F/2015). Powyższa umowa była dwukrotnie aneksowana:

- 1) w dniu 17 lutego 2016 r. - doszło do zmiany terminu realizacji umowy, który został przesunięty z dnia 31 marca 2016 r. na dzień 15 grudnia 2016 r.;
- 2) w dniu 18 grudnia 2016 r. - doszło do zmiany terminu realizacji umowy, który został przesunięty z dnia 15 grudnia 2016 r. na dzień 30 kwietnia 2017 r.

Zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki, określony w zaproszeniu do negocjacji przekazanym wykonawcy, był taki sam, jak zakres przedmiotowy wskazany w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*opis przedmiotu zamówienia*) ww. postępowań, przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający wyjaśnił, że w toku negocjacji prowadzonych z wykonawcą doszło do zmiany przedmiotu zamówienia przez zmianę zakresu naprawy parowozu Px29-1704 z poziomu P5 na P4, co potwierdza notatka służbowa z dnia 23 października 2015 r. Jako uzasadnienie powyższego wskazano, iż początkowo przyjęto, że stan techniczny parowozu będzie wymagał rozszerzonego zakresu naprawy, jednak po dokonaniu dokładnych oględzin i pomiarów zewnętrznych zespołów oraz uwzględnieniu kosztów remontu, postanowiono przyjąć zmniejszony zakres naprawy, tj. na poziomie P4.

Wartość zamówienia w ww. postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego wynosiła 579.500,00 zł (137.163,01 euro), natomiast wartość zamówienia w trybie z wolnej ręki wynosiła 600.000,00 zł (142.015,20 euro).

Wyjaśniono również, że Samorząd Województwa Mazowieckiego nie przeprowadzał ww. postępowań w trybie przetargu nieograniczonego oraz kontrolowanego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Po przeprowadzeniu likwidacji Muzeum Kolejnictwa w Warszawie, Województwo Mazowieckie wstąpiło w prawa i obowiązki wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 3 listopada 2015 r., zawartej pomiędzy Muzeum

Kolejnictwa w Warszawie oraz Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku, dotyczącej wykonania czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła, przejmując dokumentację związaną ze sprawą. Zamawiający wyjaśnił, że w dokumentacji przejętej od Muzeum Kolejnictwa w Warszawie brak było szczegółowych informacji na temat wartości poszczególnych usług i dostaw, wchodzących w skład ww. zamówień.

Z przekazanego przez Zamawiającego Protokołu sporządzonego w dniu 19 stycznia 2016 r. w Jaworzynie Śląskiej, w związku z treścią umowy z dnia 3 listopada 2015 r., dotyczącej remontu lokomotywy parowej wąskotorowej Px29-1704, po zapoznaniu się ze stanem lokomotywy na skutek wykonania przez Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku pierwszego etapu prac, określonego w pkt 2 umowy z dnia 3 listopada 2015 r., zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki został zmodyfikowany lub rozszerzony o następujące czynności:

1) W obrębie kotła - wymiana skrzyni ogniowej, wykonanie nowego wieńca stopowego, wykonanie nowych ścian sitowych, wymiana kompleksowa rur płomiennych, tj. 79 płomieniówek i płomienie, wymiana zespórek, naprawa armatury kotłowej, zainstalowanie nowych inżektorów, naprawa przegrzewacza pary (poprzez wymianę elementów), wymiana wraz z modernizacją konstrukcji popielnika, przeprowadzenie badań grubości blach kotłowych i ewentualnie ich naprawa (zakres naprawy miał zostać ustalony po badaniach), wymiana komina, naprawa dyszy wylotowej, wymiana gniazd wyczystek kotłowych, wykonanie nowej rusztowiny + 50% zapasu rusztu.

2) W obrębie podwozia - obtoczenie poręczy, regeneracja panewek, naprawa przewodniczków oraz zamków, ocena stanu technicznego resorów i ewentualne wykonanie dalszych prac po ich rozebraniu, naprawa wykrojów maźniczych i ślizgów, badanie defektoskopowe osi zestawów kotłowych.

3) W obrębie silnika - wymiana wszystkich tulejek z zastosowaniem brązu oraz regeneracja klinów poprzez napawanie i obróbkę na właściwy wymiar w korbowodach i wiązarach, usunięcie luzów sworzni przegubowych poprzez napawanie oraz obróbkę na właściwy wymiar, przelanie panewek głównych, korbowych oraz wiązarowych, naprawa przewodniczków poprzez oszlifowanie powierzchni prowadzących, wykonanie 4 sztuk wykładni krzyżulcowych, regeneracja jarzma, wykonanie nowych kamieni, ocena stanu silników i suwaków po późniejszym demontażu, naprawa wyrównawcza ciśnień silnika parowego, wymiana 2 odmulaczy przy kotle.

4) W obrębie tendra - naprawa skrzyni wodnej i węglowej poprzez wycięcie skorodowanych blach i spawanie nowych, przegląd zestawów kotłowych tendra, naprawa sprzęgu

łąącego parowóz z tendrem, wymiana węży gumowych łączących zbiornik wodny z urządzeniami zasilającymi.

5) W obrębie hamulca - naprawa sprężarki powietrznej, przegląd zaworów rozrządczych oraz przewodów powietrznych, cylindrów hamulcowych, wymiana zbiornika powietrznego głównego, badanie pozostałych zbiorników, przegląd sieci hamulcowej, regeneracja przekładni dźwigniowej oraz wieszaków (w miarę potrzeby), wykonanie 32 sztuk wstawek hamulcowych, wymiana 4 sztuk przewodów instalacji powietrznej (zainstalowanie gumowych z atestem), wymiana kompletu manometrów.

Pozostałe prace - całkowita wymiana przewodów elektrycznych oświetlenia parowozu oraz tendra wraz z wymianą tablicy rozdzielczej, przegląd i ewentualna naprawa turbozespołu, wymiana opraw żarówek oświetlenia głównego parowozu i tendra (budka maszynisty, podwozie parowozu - 12 sztuk całość), całkowita wymiana podłogi poszycia wewnętrznego budki maszynisty, wykonanie nowego wywietrznika w budce dachu maszynisty, wymiana skorodowanych rur parowych komunikacyjnych oraz przewodów smarnych w razie potrzeby.

Prezes Urzędu uzasadniając naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych 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 wywodził 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 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 19 października 2015 r., *zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o*

udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzedzone zostało przeprowadzeniem kolejno co najmniej dwóch postępowań,
- b) przynajmniej jedno z ww. postępowań prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego,
- c) w ww. postępowaniach nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia,
- d) warunki zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione względem pierwotnych warunków, określonych w ww. uprzednio prowadzonych postępowaniach.

Za istotną i stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką zmianę warunków zamówienia, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, wpłynęłaby na udział w nim innych wykonawców. Podkreślenia wymaga, że pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Zatem, aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione.

W ocenie Prezesa Urzędu, powyższe okoliczności, w przedstawionym stanie faktycznym, nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W kontrolowanym postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, określonych w ww. uprzednio prowadzonych postępowaniach.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zmieniony został poziom utrzymania parowozu, będący przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki. W ramach wskazanych poziomów utrzymania podejmowane są inne

czynności, mające różne cele ich wykonania. W załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm., dalej: „rozporządzenie”), scharakteryzowano je w następujący sposób:

1) Poziom 5 (naprawa główna) - czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie, wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta. Ramowy zakres prac na tym poziomie utrzymania określono jako:

a) demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane,

b) modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.

2) Poziom 4 (naprawa rewizyjna) - czynności z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe. Ramowy zakres prac na tym poziomie utrzymania określono jako:

a) szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego,

b) planowe wymiany podzespołów i zespołów,

c) naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.

Wskazane poziomy utrzymania wykonywane są cyklicznie, po upływie wskazanego w Dokumentacji Systemu Utrzymania danego pojazdu kolejowego okresu czasu lub przejechaniu odpowiedniej odległości, liczonej w kilometrach, przy czym piąty poziom utrzymania wykonuje się zazwyczaj znacznie rzadziej. Ponadto czynności podejmowane w ramach wskazanych poziomów utrzymania różnią się od siebie poziomem skomplikowania i mogą być świadczone przez różne podmioty - w przywołanym załączniku nr 3 do rozporządzenia wskazano, iż utrzymanie na poziomie 4 może być realizowane przez zakłady posiadające zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe, natomiast na poziomie 5 przez wyspecjalizowane zakłady lub u producenta, co wskazuje na wyższy stopień złożoności tego poziomu utrzymania.

Prezes Urzędu wskazał, że sam fakt rozróżnienia przez ustawodawcę w rozporządzeniu poziomów utrzymania pojazdów kolejowych oraz ramowego zakresu prac dla poszczególnych poziomów świadczy o istotnych różnicach w zakresie czynności, jakie należy podjąć wykonując przegląd okresowy danego poziomu.

Ponadto, porównując opis przedmiotu zamówienia, wskazany w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*opis przedmiotu zamówienia*), dotyczących postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, oraz określenie przedmiotu zamówienia zawarte w zaproszeniu do negocjacji z dnia 19 października 2015 r. i Protokole

sporządzonym w dniu 19 stycznia 2016 r. w Jaworzynie Śląskiej, w związku z treścią umowy z dnia 3 listopada 2015 r., dotyczącej remontu lokomotywy parowej wąskotorowej Px29-1704, stwierdzono, iż zakres i rodzaj czynności koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia, przewidziany dla zamówienia w trybie z wolnej ręki, różnił się od czynności przewidzianych dla zamówień w trybie przetargu nieograniczonego. Wskazano m.in. na następujące różnice:

- 1 określenie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidywało szerszy i bardziej szczegółowy zakres prac związanych z silnikiem, niż opis przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego;
2. w opisie przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego wskazano na wykonanie nowej skrzyni węglowej i wodnej, w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidziano naprawę skrzyni wodnej i węglowej;
3. w opisie przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego przewidziano naprawę dwóch sztuk sprężarek parowozowych, przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidywał naprawę jednej sprężarki powietrznej.

Prezes Urzędu wskazał, że z powyższego wynika jednoznacznie, że zakres usługi zrealizowanej w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki został w sposób istotny zmieniony w stosunku do usługi przewidzianej w postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego. Porównanie opisów zamówień wskazuje, że nie mamy do czynienia z zachowaniem tożsamości przedmiotowej zamówień. Obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki poziomu utrzymania parowozu w stosunku do postępowań prowadzonych w uprzednio w trybach podstawowych stanowi zatem istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia i nie jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców.

W uchwale z dnia 13 grudnia 2013 r. (sygn. KIO/KD 110/13), Krajowa Izba Odwoławcza uznała za słuszną argumentację Prezesa Urzędu, zgodnie z którą w przypadku zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać zmienione w sposób istotny, co oznacza, że zmianie nie może ulec m.in. przedmiot zamówienia, czy jego istotne cechy, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia.

Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp także przez dokonanie zmian w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, regulujący dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do

zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Należy stwierdzić, iż w odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający chcąc zatem dokonać zmiany umowy będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należało ocenić czy m.in. pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione przez zawarcie aneksu do umowy. Stwierdzenie braku spełnienia tej przesłanki warunkuje brak możliwości zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą.

W postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego termin realizacji zamówienia wynosił 120 dni licząc od dnia podpisania umowy (w sprawie Muz-ZP.263.5.2015.RM) oraz maksymalnie 7 miesięcy (w sprawie Muz-ZP.263.6.2015.AG), biorąc pod uwagę termin składania ofert (21 września 2015 r.) oraz dzień, na który wyznaczono koniec terminu realizacji zamówienia (30 kwietnia 2016 r.). Natomiast w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki termin realizacji zamówienia, na skutek dwukrotnego aneksowania umowy 136/F/2015, został ostatecznie przesunięty o ponad rok (z 31 marca 2016 r. na 30 kwietnia 2017 r.) i wynosił łącznie około 18 miesięcy. Prezes Urzędu stwierdził, iż termin realizacji zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć. W konsekwencji wydłużenie terminu realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odpowiednio o 14 i 11 miesięcy w stosunku do przetargów nieograniczonych stanowiło istotną zmianę warunków zamówienia.

Reasumując, Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 19 października 2015 r., uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający, przez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych, naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

II.

Pismem z 11 lipca 2018 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 16 lipca 2018 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (dalej: „zastrzeżenia”).

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli prowadzonej pod sygnaturą KND/19/18/ DKZP (nr pisma UZP/DKZP/WKZ3/421/18(3)/18/SO) wniósł następujące zastrzeżenia.

Wskazał, że w dniu 3 listopada 2015 r. została zawarta przez Muzeum Kolejnictwa w Warszawie z Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku umowa w przedmiocie wykonania czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie zasadniczy wpływ na przyjęty tryb postępowania miały następujące fakty:

1. Brak możliwości określenia zakresu usterek na dzień podpisywania umowy oraz możliwość przesunięcia termin wykonania.

Na dzień podpisywania umowy nie można było dokładnie określić zakresu usterek. Zamawiająca instytucja kultury - Muzeum Kolejnictwa w Warszawie w § 2 ust. 3 umowy nr 136/F2015 z dnia 3 listopada 2015 roku zawarła następujące postanowienie „*Po wykonaniu przez Wykonawcę pierwszego etapu określonego w pkt 2, Strony zobowiązują się do dokonania w terminie do dnia 20.01.2016 r. protokolarnego ustalenia rzeczywistego zakresu usterek parowozu oraz określenia ich ewentualnego wpływu na realność terminu wykonania umowy określonego w § 2 ust. 1 umowy*”, określonego na dzień 31 marca 2016 r. Nadto w protokole z negocjacji z dnia 22 października 2015 r. w pkt 6 Strony postanowiły, iż „*Wykonawca ma prawo przesunięcia terminu wykonania po 20 stycznia 2016 r. po protokolarnym ustaleniu rzeczywistego zakresu prac*”. Negocjacje było poprzedzone przeprowadzeniem dwóch postępowań w trybie przetargu ograniczonego, gdyż nie wpłynęła żadna oferta.

2. Ograniczony krąg wykonawców i koszty związane ze zleceniem zadania za granicę.

Jednocześnie należy zauważyć, że Muzeum Kolejnictwa w Warszawie w piśmie z dnia 27 października 2015 r. zaznacza, że „*podjęło próbę negocjacji z jedynym wykonawcą usługi naprawy ww. parowozu*”. Naprawę kotła parowozu zlecono podwykonawcy w zakładach SEA Cz. a.s. w Kolinie w Czechach, które posiadało uprawnienia do naprawy kotłów parowozowych, nadane przez Dyrektora TDT. Natomiast zlecenie całego remontu za granicę powodowałoby znacznie większe koszty po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że wykonawca przeprowadził dla Muzeum szereg projektów konserwatorskich zmierzających do uruchomienia i eksploataowania jednostek zabytkowego taboru kolejowego.

3. Wpływ innych organów na długość realizacji zadania, zdarzenia losowe i rozszerzenie zakresu prac oraz przyczyny niezależne.

Pismem znak Muz-ZP. 262.1.2016.Ag z dnia 27.01.2016 r. p.o. Dyrektora Muzeum poinformował Departament, że zgodnie z treścią umowy z podwykonawcą tj. Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku w Jaworzynie ŚL odbyła się kontrola podczas której stwierdzono, że stan zużycia wielu elementów jest znaczny i w opinii ekspertów wymaga wydłużenia terminu prac remontowych. Niepodpisanie aneksu z podwykonawcą powodowało konieczność zabezpieczenia mienia, które znajdowało się w Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku w Jaworzynie, rozpisanie nowego przetargu oraz transport do nowego podwykonawcy. Wszystkie te czynności generowały dodatkowe duże, jednakże trudne do oszacowania koszty realizacji oraz ryzyko niezrealizowania całości projektu.

Pismem z dnia 21 lipca 2016 r. Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku zwróciło się o wystąpienie do Oddziału Terenowego Transportowego Dozoru Technicznego w Warszawie, w którym zarejestrowany jest kocioł, o oddelegowanie Inspektora do przeprowadzenia oględzin kotła lokomotywy Px po przeprowadzonym demontażu. Na podstawie protokołu inspektora realizowana była dalsza naprawa urządzenia, gdyż bez opinii i protokołu Inspektora TDT - Zakład w Kolinie nie mógł prowadzić właściwych prac przy kotle.

Zamawiający jak i Wykonawca nie mieli wpływu na terminy działania innych organów, gdyż naprawa parowozu została wstrzymana do czasu dokonania oględzin i zaleceń przez inspektora TDT. Dodatkowo w kwietniu 2016 r. Wykonawca wysłał pismo do Stacji Muzeum z prośbą o wskazanie dalszego toku postępowania. Dotyczyło ono pęknięcia zestawu kołowego, które wykazał, uprawniony rzemieślnik, który prowadził, badanie defektoskopowe ujawniające pęknięcie koła bosego w zestawie o numerze 1832/84. Pęknięcie wykluczało dalszą eksploatację zestawu, wykluczone było także jego spawanie. Przedmiotowa umowa została aneksowana przez Muzeum Kolejnictwa w Warszawie i Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku w dniu 17 lutego 2016 r. i termin realizacji przedmiotu umowy został zmieniony z 31 marca 2016 r. na 15 grudnia 2016 r.

Pismem z dnia 20 września 2016 r. Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku poinformowano, że z przyczyn niezależnych OT TDT w Warszawie oddelegowało inspektora na oględziny urządzenia dopiero w dn. 6 września 2016 r. (w związku z okresem urlopowym). Okoliczności, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to również sytuacje niewynikające z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zakres podczas których został określony jedyny możliwy zakres prac przy kotle parowozu wykraczał od zakresu sporządzonego protokołem z dnia 19.01.2015 r. (w którym określono szeroki zakres prac przy parowozie obejmujące kocioł, podwozie, silnik tender, hamulec i pozostałe prace) o:

- wykonanie nowej skrzyni ogniowej, wieniec stopowy,
- wymianie wszystkich rur kotłowych na nowe (15 szt. płomieniówek, 72 szt. płomienie), wykonanie nowych wyczystek i nowego wieńca otworu drzwiczkowego,
- zregenerowanie zbieralnika pary i przegrzewacza (w tym regeneracja głowicy), wymianie elementów przegrzewacza,
- zamontowanie wodowskazów typu Klinger (szt. 2),
- wykonanie nowego popielnika, komina i trzpieni dwustronnych,
- zregenerowanie przepustnicy,
- pobranie próbek pierścieniowych z dolnej i górnej części walczaka do badań laboratoryjnych. Dokumentację naprawy urządzenia opracowaną przez zakład uprawniony należało uzgodnić w TDT. Rozszerzenie zakresu naprawy kotła przez Inspektora Terenowego Dozoru Technicznego należy zaliczyć do przyczyn niezależnych.

W piśmie z dnia 21 listopada 2016 r. Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku wskazało, że umowa z podwykonawcą została zawarta w dniu 13.04.2016 r. zgodnie z ofertą z 15.02.2016 r. Umowa miała być realizowana do 15.09.2016 r. warunkiem jej terminowego zrealizowania jednak było uzgodnienie przez Stację Muzeum prac z Terenowym Dozorem Technicznym, co dodatkowo w związku z urlopem inspektora przedłużyło prace. Kocioł do Czech został przetransportowany 4 marca 2016 roku. Dodatkowe prace przeprowadzone przez podwykonawcę były konsekwencją zaleceń TDT i nie były wprost ujęte w dokumencie a wynikały z procesu technologicznego. SEA Kolin wskazała konieczność wykonania nowych ścian bocznych stojaka, wymianę części ściany podgardlnej oraz drzwiczkowej stojaka oraz fragmentów stropu. Skrzynia ogniowa była zabudowana w stojaku i musi być z nim w trwały i bezpieczny sposób połączona - m.in. przy pomocy 254 zespórek oraz 46 ściągów stropowych. Wykonanie nowej skrzyni ogniowej i pozostawienie starego stojaka w praktyce oznaczało by konieczność rozwiercenia 300 otworów oraz ich obróbkę tak aby spasować nowe zespórki i ściągi. Jest to przedsięwzięcie czasochłonne, pracochłonne i obciążone wysokimi kosztami. Zarówno z ekonomicznego punktu widzenia jak i technologii naprawy wskazane było wykonanie nowych elementów, które dzięki precyzyjnemu dopasowaniu - umożliwiły bezpieczne eksploataowanie kotła. W wyniku nakazania pobrania próbek laboratoryjnych w walczaku powstały otwory, które należało załatać - konsekwencją było rozszerzenie prac. Wymiana skrzyni ogniowej oraz fragmentów stojaka wymusiła wykonanie nowych wyczystek, są one zabudowane na stałe w kotle i nie są to elementy wymienne. Proces technologiczny naprawy kotła parowozowego jest przedsięwzięciem skomplikowanym, w którym nadrzędnym celem i priorytetem jest zapewnienie maksimum

bezpieczeństwa pracy tego urządzenia. Sposób budowy kotła powoduje również możliwość ujawnienia dodatkowych prac, nie ujętych w umowach i harmonogramach a możliwych do wychwycenia dopiero po rozebraniu urządzenia. Po dostarczeniu kotła do Jaworzyny Śląskiej Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku potrzebowało ok. 12-14 tygodni aby osadzić kocioł na ramię, połączyć armaturę oraz zamontować budkę maszynisty i wykonać prace lakiernicze.

Zakres prac kotła uległ zmianie, a w konsekwencji niemożliwe stało się, z przyczyn obiektywnych wynikających z postanowień TDT, dotrzymanie terminu realizacji naprawy. Prośba o zmianę terminu wynikała z decyzji niezależnych zarówno od Wykonawcy jak i czeskiego partnera. W związku z powyższym zawarto aneks nr 2 do umowy nr 136/F/2015 z dnia 3 listopada 2015 r. na wykonanie czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła wprowadzającego zmianę terminu realizacji przedmiotu umowy do dnia 30 kwietnia 2017 r. W piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z kontroli doraźnej z dnia 28 czerwca 2018 r. błędnie wskazano (str. 13 pisma), że wydłużono termin realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odpowiednio o 14 i 11 miesięcy, zamiast o 8 miesięcy i 15 dni (aneksem nr 1 zawartym w dniu 17 lutego 2016 r. pomiędzy Muzeum Kolejnictwa w Warszawie a Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku zmieniono termin realizacji zadania z 31 marca 2016 r. na 15 grudnia 2016 r. w związku z m.in. okolicznościami, których nie dało się przewidzieć, a nie są one zależne od Wykonawcy) i o 4 miesiące i 16 dni (aneksem nr 2 zawartym w dniu 18 grudnia 2016 r. pomiędzy Województwem Mazowieckim a Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku zmieniono termin realizacji zadania z 15 grudnia 2016 r. na 30 kwietnia 2017 r. w związku z m.in. okolicznościami, których nie dało się przewidzieć, a nie są one zależne od Wykonawcy). W piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z kontroli doraźnej z dnia 28 czerwca 2018 r. błędnie wskazano, że termin realizacji zadania został ostatecznie przesunięty o około 18 miesięcy zamiast 13 miesięcy (str. 12 pisma).

Jednocześnie nie wyrażano zgody na zmianę sposobu wynagrodzenia i podziału drugiej raty płatnej zgodnie z zapisami umowy po ostatecznej realizacji całości przedmiotu zamówienia na dwie transze, z których pierwsza byłaby płatna jeszcze w roku bieżącym a kolejna po ostatecznej realizacji zadania ani na zwiększenie wynagrodzenia za przedmiot umowy w związku z rozszerzeniem zakresu naprawy kotła przez Inspektora Terenowego Dozoru Technicznego.

4. Orzecznictwo i doktryna oraz wzajemna relacja prawa zamówień publicznych do kodeksu cywilnego.

Zamawiający podał, że powyższe działania w przedmiotowej sprawie znajdują poparcie w orzecznictwie i doktrynie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2009 r., KIO/UZP 767/09, Lex nr 509675, Zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Mimo iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.

Zamawiający w postanowieniu § 8 umowy nr 136/F/2015 z dnia 3 listopada 2015 r. określił warunki dokonania zmiany umowy. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt b) zmiana umowy może nastąpić w razie zaistnienia następujących okoliczności: zmiana terminu realizacji zamówienia w przypadku gdy po podpisaniu umowy wystąpią okoliczności, których nie dało się przewidzieć, a nie są one zależne od Wykonawcy.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie Pzp występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W takich postępowaniach dopuszczalność zmiany umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości. Pewne wątpliwości może budzić tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, gdyż stosowanie do art. 68 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie w tym trybie wszczynane jest zaproszeniem do negocjacji, a przepisy odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają w nim zastosowania. Ponadto z brzmienia art. 66 ustawy Pzp można wysunąć wniosek, iż w tym trybie wykonawca nie składa zamawiającemu oferty, ponieważ zamówienia jest udzielane wyłącznie po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą. Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennościami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu.

Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w ustawie Pzp. Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 ustawy Pzp), którego zaprasza się przekazując informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie

zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 ustawy Pzp). Nie jest wykluczone złożenie przez wykonawcę oferty w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji. Należy jednak podkreślić, iż w trybie z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych kompromisem, tj. porozumieniem odnośnie treści planowanej do zawarcia umowy. Z uwagi na brak jednoznacznej regulacji w przepisach Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie będzie miał stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Ustawa Pzp nie zawiera również innych zapisów regulujących stosunek zobowiązaniowy pomiędzy stronami umowy o wykonanie remontu parowozu, a więc konieczne jest odwołanie się do innego aktu prawnego zawierającego takie regulacje. Jest to możliwe dzięki odesłaniu zawartemu w art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak wynika z powyższego zatem przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Przytoczony wyżej przepis bowiem nie wskazuje na odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego. **Zapis ten należy zatem interpretować w** taki sposób, że w zakresie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców przepisy Kodeksu cywilnego należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio). Stanowisko to popiera także przeważająca część doktryny prawa zamówień publicznych. „Z definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 13 wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem zmierzającym do zawarcia umowy cywilnoprawnej. Relacje stron postępowania (zamawiającego i wykonawców), tak jak każdego stosunku cywilnoprawnego, nie są oparte na nadrzędności którejkolwiek ze stron postępowania, lecz na zasadzie równości. Ani zamawiający, ani wykonawca nie są więc w stanie wpływać władczo na działania drugiej strony. Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. W zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy Kodeksu cywilnego. Tak wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CA 2344/03): Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem

funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów Kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Lex, 2007, wyd. III, stan prawny: 2007.10.12). Podobny pogląd wyraził także P. Granecki: „Regulacja zawarta w art. 14 PrZamPubl stanowi wyraz tego, że system zamówień publicznych jest częścią prawa cywilnego. Zarówno czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny. Dlatego też w pełni uzasadnione jest odniesienie do Kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych w ustawie (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 15.6.2005 r., sygn. akt II Ca 512/05, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp. z 9.11.2005 r., VII Ga 44/05, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.3.2004 r., V Ca 264/04, niepubl.)" (Prawo zamówień publicznych - Komentarz pod red. P. Graneckiego, Legalis, art. 14). Oprócz powołanego wyżej przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych również wskazany art. 139 tej ustawy wskazuje jednoznacznie, że do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stanowisko to znajduje poparcie także w orzecznictwie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który w wyroku z dnia 3 lipca 2007 r. (sygn. akt. SA/Wa 172/07) stwierdził, iż „Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej". Przepisy art. 14 i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych z kolei przesądzają jednoznacznie, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się wprost przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Podstawową zasadą prawa cywilnego jest zasada swobody umów. Została ona wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z nim strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania byleby treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu przyznaje podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez zawieranie pomiędzy tymi podmiotami umowy. Przepisy art. 14 i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych z kolei przesądzają jednoznacznie, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i

wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się wprost przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

5. Likwidacji samorządowej instytucji kultury pn.: Muzeum Kolejnictwa w Warszawie i uwarunkowania faktyczne i prawne.

Uchwałą Nr 16/16 z dnia 25 stycznia 2016 r. Sejmik Województwa Mazowieckiego zdecydował o likwidacji samorządowej instytucji kultury pn.: Muzeum Kolejnictwa w Warszawie". Na podstawie art. 24 i 25a ust. 2 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej Województwo wstąpiło w umowę remontu przedmiotowego parowozu z mocy prawa w związku z likwidacją Muzeum Kolejnictwa w Warszawie z dniem 31 marca 2016 r. W dniu 16 maja 2016 r. Sejmik Województwa Mazowieckiego podjął uchwałę 72/16 w przedmiocie wyposażenia instytucji kultury pod nazwą „Stacja Muzeum” w muzealia po zlikwidowanym Muzeum Kolejnictwa w Warszawie, w tym parowóz wąskotorowy serii Px29-1704. Przedmiotowa uchwała sejmiku miała stanowić wykonanie zobowiązania z § 8 ust. 3 warunkowej umowy o utworzeniu i prowadzeniu samorządowej instytucji kultury pod nazwą „Stacja Muzeum” zawartej przez Województwo Mazowieckie z PKP S.A. Zgodnie z treścią § 8 ust. 3 warunkowej umowy Województwo zobowiązało się, że niezwłocznie, ale nie później niż w jeden miesiąc po wykreśleniu Muzeum Kolejnictwa z rejestru instytucji kultury, przekaze nieodpłatnie na rzecz Stacji Muzeum w trybie art. 26 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej i art. 26 ust. 3 ustawy o muzeach składniki mienia zlikwidowanego Muzeum Kolejnictwa, w tym muzealia wpisane do inwentarza muzealiów. Przy czym zobowiązanie Województwa, o którym mowa w § 2 ust. 11, w przypadku opóźnienia w przekazaniu ww. składników mienia PKP S. A. może wstrzymać realizację procesu inwestycyjnego wskazanego w § 2 ust. 5, czyli wybudowania nowej siedziby Stacji Muzeum, a jeżeli opóźnienie to przekroczy 6 miesięcy wówczas PKP S. A. nie będzie już zobowiązane do kontynuowania tego procesu i wybudowania siedziby Stacji Muzeum.

Parowóz wąskotorowy, po zakończeniu prac remontowych przeprowadzonych w Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku w Jaworzynie Śląskiej został przekazany na własność Stacji Muzeum.

6. Dalsze rozszerzenie zakresu prac w ramach udzielonego zadania spowodowane przyczynami niezależnymi i prace dodatkowe oraz wpływ działań innych organów na termin realizacji zadania.

W sprawie bezsporne jest, że faktyczny zakres prac niezbędnych do wykonania w ramach w/w umowy znacznie przekraczał wskazany w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym

integralną część umowy. Strony zdając sobie sprawę, że bez uprzedniego demontażu parowozu objętego remontem, nie jest możliwe ustalenie rzeczywistego zakresu prac, ustaliły że w terminie do 20.01.2016 r. dokonają protokolarnego ustalenia rzeczywistego zakresu usterek parowozu (§1 ust. 3 umowy). Ponadto w § 8 ust. 2 pkt c i e strony wyraźnie określiły, iż przesłanką zmiany umowy jest „wykrycie w czasie badania i demontażu usterek wcześniej nie wykrytych” oraz, iż „w razie stwierdzenia poważnych usterek wymagających znacznych nakładów, wykonawca zgłasza potwierdzone badaniem lub protokołem fakty zamawiającemu, który może podjąć decyzję o kontynuowaniu lub zaprzestaniu dalszej naprawy”.

Z przytoczonych powyżej uregulowań umownych w sposób oczywisty wynika, iż strony umowy przyjęły, że zakres świadczenia, którego wykonanie jest objęte umową może ulec zmianie oraz że ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia umownego, może być zmieniona, w przypadku, gdy faktyczny przedmiot zamówienia będzie wymagał wykonania robót nieobjętych pierwotnymi założeniami.

Ponadto w piśmie z dnia 19 grudnia 2016 r. Muzeum Przemysłu i Kolejnictwa na Śląsku zaznaczyło, że przysługuje jemu roszczenie o ustalenie nowego wynagrodzenia umownego w wysokości proporcjonalnej do zmienionego zakresu robót. Przy czym zgodnie z treścią § 7 ust. 6 umowy, w przypadku gdy pomiędzy stronami nie dojdzie do porozumienia w tym zakresie umowa może zostać rozwiązana, a wykonawca otrzyma wynagrodzenie za prace wykonane do dnia jej rozwiązania.

W związku z powyższym powstał problem możliwości rozwiązania umowy przez wykonawcę oraz problem powierzenia pozostałych prac przy remoncie parowozu innemu podmiotowi, jak również ewentualne przetransportowanie parowozu w nowe miejsce na koszt zamawiającego oraz przeprowadzenia nowego przetargu w tym zakresie. Powyższe powodowałoby wygenerowanie dodatkowych kosztów i wydłużenie realizacji całości zadania. Stacja Muzeum - pełniąc nadzór techniczny nad przebiegiem remontu, w piśmie z dnia 28 grudnia 2016 r. potwierdziła konieczność wykonania prac dodatkowych, poszerzających zakres robót związanych z wykonaniem rozszerzonego poziomu P4 utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704. W opinii Stacji Muzeum „Prace wyszczególnione w wyżej powołanych dokumentach tj. przy naprawie kotła zgodnie z nakazem inspektora Transportowego Dozoru Technicznego, należało wykonać nowe przyrządy wodowskazowe z zastosowaniem rozwiązania technicznego typu Klingera, całkowicie nowy popielnik skośnej konstrukcji, co ułatwi jego oczyszczanie, oraz nowy zawór odmulacza. Zaznacza się, że kocioł parowozowy jak i inne urządzenia ciśnieniowe podlegają stałemu nadzorowi przez Urząd Transportowy Dozoru Technicznego i nakazy inspektora są obligatoryjne.

Jednocześnie po całkowitym demontażu tendra, stwierdzono, że zachodzi konieczność wykonania całej nowej skrzyni węglowej wraz ze zbiornikiem wodnym, a nie jak pierwotnie zakładano naprawa ograniczy się do zastosowania miejscowych łąt w miejscach uszkodzonych".

Ponadto należało przeprowadzić czynności związane z działalnością innych organów, jak wyrażenie zgody na rejestrację i wydanie decyzji i dopuszczeniu 5 zbiorników ciśnieniowych oraz parowozu wąskotorowego oraz doraźne badanie eksploatacyjne przez inspektora Transportowego Dozoru Technicznego.

7. Województwo Mazowieckie nie przejęło odpowiedzialności za działania Muzeum Kolejnictwa w Warszawie w zakresie ewentualnych naruszeń ustawy Pzp. Szczegółowe zasady organizowania działalności kulturalnej m.in. przez województwa określa ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2017 r. poz. 862 z późn. zm.- dalej u.o.p.d.k.).

Można przywołać następujące zasady ustawowe:

- organizator wydaje akt o utworzeniu instytucji kultury, który określa jej nazwę, rodzaj, siedzibę i przedmiot działania (art. 11 u.o.p.d.k.);
- organizator zapewnia instytucji kultury środki niezbędne do rozpoczęcia i prowadzenia działalności kulturalnej oraz do utrzymania obiektu, w którym ta działalność jest prowadzona (art. 12 u.o.p.d.k.);
- instytucje kultury działają na podstawie aktu o ich utworzeniu oraz statutu nadanego przez organizatora (art. 13 ust. 1 u.o.p.d.k.);
- organizację wewnętrzną instytucji kultury określa regulamin organizacyjny nadawany przez dyrektora tej instytucji, po zasięgnięciu opinii organizatora oraz opinii działających w niej organizacji związkowych i stowarzyszeń twórców (art. 13 ust. 3 u.o.p.d.k.);
- instytucje kultury uzyskują osobowość prawną i mogą rozpocząć działalność z chwilą wpisu do rejestru prowadzonego przez organizatora (art. 14 ust. 1 u.o.p.d.k.);
- instytucja kultury gospodaruje samodzielnie przydzieloną i nabytą częścią mienia oraz prowadzi samodzielną gospodarkę w ramach posiadanych środków, kierując się zasadami efektywności ich wykorzystania (art. 27 ust. 1 u.o.p.d.k.).

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika więc wyodrębnienie prawne i organizacyjne instytucji kultury oraz ich pełna autonomia i samodzielność finansowa i organizacyjna.

8. Wnioski końcowe.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r. sygn. akt. II GSK 2143/1, Lex nr 1666188, ocena zmiany terminu wykonania inwestycji

musi być zawsze odnoszona do dokumentacji będącej przedmiotem prowadzonego postępowania. Inaczej rzecz ujmując, bez odniesienia się do zawartych tam postanowień nie można z góry określić, jaki charakter ma zmiana, bo nie daje się ustalić wpływu tej zmiany na treść umowy, a pośrednio na wybór oferenta. Ochrona środków publicznych, z których finansuje się zamówienie nie jest wartością, która usuwałaby z pola widzenia inne zasady prawem chronione. Swoboda kontraktowania jest fundamentem chronionego prawem porządku prawnego, a ze względu na ochronę środków publicznych może być ograniczana, co czyni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym treść tego przepisu musi tak być wykładana, by przepis przeciwdziałał nadużyciom, ale nie wykluczał możliwości wydatkowania środków publicznych, a więc w konsekwencji realizacji interesu publicznego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający musiał kierować się gospodarnością, gdyż zlecenie nowego przetargu, transport itd. generowałyby kolejne koszty i wydłużenie czasu realizacji całości zadania. Jednocześnie Zamawiający nie mógł sobie pozwolić na nierozszerzenie zakresu robót, gdyż nie zostałby zrealizowany projekt (remont parowozu). W tym przypadku Zamawiający naruszyłby zasady gospodarności, gdyż poniósłby niewspółmiernie wysokie koszty.

W lipcu 2017 r. na sochaczewski wąski tor powrócił legendarny parowóz Px29-1704, stając się aktualnie jedyną na Mazowszu wąskotorową lokomotywą "pod parą". Parowozy z serii Px29 (przed II wojną światową - Wp29) były produkowane w latach 1929-1931 przez Warszawską Spółkę Akcyjną Budowy Parowozów jako typ Dh2-WILNO. Zbudowano wówczas 21 jednostek, które przy masie z tendrem 28,5 t, nadciśnieniu pary w kotle rzędu 13 atm i mocy 180 KM osiągały maksymalną prędkość 35 km/h. Do dziś w Polsce zachowały się zaledwie dwa egzemplarze takich lokomotyw - obydwa znajdują się w Sochaczewie. Oprócz czynnego Px29-1704, na terenie muzealnego skansenu jako obiekt niesprawny od dawna stoi również Px29-1708.

W motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE, do którego również nawiązuje art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ustawodawca unijny uznał, że: instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu,

dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.

Wskazane powody zasługują na uwzględnienie a w szczególności inne działanie Zamawiającego wiązałoby się z długotrwałym i kosztownym procesem, dowodzeniem zasadności ustalenia kar, rozpisaniem kolejnego przetargu, transportem, kolejnymi wydatkami, co naraziłoby jednostkę na szkodę. Konieczność zmiany umowy z opisanych powodów spowodowana jest okolicznościami, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć w chwili podpisywania umowy, co zresztą zostało zapisane w umowie i na co wskazuje charakter i specyfika specjalistycznego zadania. Problem powierzenia pozostałych prac przy remoncie parowozu innemu podmiotowi, jak również ewentualne przetransportowanie parowozu w nowe miejsce na koszt Zamawiającego oraz przeprowadzenia nowego przetargu w tym zakresie powodowałyby wygenerowanie dodatkowych kosztów i wydłużenie realizacji całości zadania oraz niegospodarność Zamawiającego.

W zastrzeżeniach wskazano, że w tym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający prawidłowo zastosował tryb postępowania. W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie umotywowanych zastrzeżeń.

III.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 31 lipca roku (znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/18(6)/18/SO) wskazał w odpowiedzi na pismo z dnia 11 lipca 2018 roku w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła, że w całości nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń.

Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający - Muzeum Kolejnictwa w Warszawie, którego prawa i obowiązki przejęło Województwo Mazowieckie na skutek likwidacji muzeum - nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 19 października 2015 r.

Prezes Urzędu w pierwszej części pisma wskazał informacje - stan faktyczny - jakie również zawarte zostały w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 28 czerwca 2018 roku.

Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja umożliwiała wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionował, iż zmiana poziomu utrzymania parowozu, będącego przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki, jak również pozostałe zmiany odnoszące się do przedmiotu zamówienia, będące modyfikacją lub rozszerzeniem zakresu przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki w stosunku do uprzednio prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż do części uzasadnienia naruszenia ww. przepisu, odnoszącego się do zakresu usługi zrealizowanej w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki, który został w sposób istotny zmieniony w stosunku do usługi przewidzianej w postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego, na skutek takich działań Zamawiającego jak:

- szersze i bardziej szczegółowe określenie prac związanych z silnikiem w opisie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki, niż w przetargu nieograniczonym,
- wskazania na naprawę skrzyni węglowej i wodnej w opisie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy w przetargach nieograniczonych wymagano wykonania nowych skrzyń,
- wskazania na naprawę jednej sprężarki wodnej w opisie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy w przetargach nieograniczonych wymagano naprawy dwóch sprężarek,

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń. A zatem, wobec braku zakwestionowania powyższego zarzutu, należy zauważyć, iż Zamawiający zgodził się z Prezesem Urzędu, że zakres zmian przedmiotowych nie pozwalał na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W zastrzeżeniach Zamawiający odniósł się jedynie do drugiej części uzasadnienia naruszenia, w której Prezes Urzędu zarzucił naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również przez dokonanie zmian w zakresie terminu realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że na dzień zawarcia umowy po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nie mógł dokładnie określić zakresu usterek parowozu,

stanowiącego przedmiot umowy. W związku z powyższym zawarł w jej treści (§ 2 ust. 3), iż po wykonaniu przez wykonawcę pierwszego etapu remontu określonego w pkt 2, strony zobowiązują się do dokonania w terminie do dnia 20 stycznia 2016 r. protokolarnego ustalenia rzeczywistego zakresu usterek parowozu oraz określenia ich ewentualnego wpływu na realność terminu wykonania umowy określonego w § 2 ust. 1 umowy. Ponadto w protokole z negocjacji z wykonawcą z dnia 22 października 2015 r. strony postanowiły, iż wykonawca ma prawo przesunięcia terminu wykonania remontu po 20 stycznia 2016 r. po protokolarnym ustaleniu rzeczywistego zakresu prac. Zamawiający wskazał również, że podjął próbę negocjacji z jedynym wykonawcą usługi naprawy ww. parowozu, a naprawę kotła parowozu zlecono podwykonawcy SEA Cz. a.s. w Kolinie w Czechach, posiadającemu uprawnienia do naprawy kotłów parowozowych, nadane przez Dyrektora Transportowego Dozoru Technicznego, przy czym zlecenie całego remontu za granicę powodowałoby znacznie większe koszty po stronie Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że w związku z kontrolą realizacji zamówienia stwierdzono, iż stan zużycia wielu elementów parowozu był znaczny i w opinii ekspertów wymagał wydłużenia terminu wykonania prac remontowych. Zdaniem Zamawiającego, niepodpisanie aneksu w tym przedmiocie powodowałoby konieczność zabezpieczenia mienia, znajdującego się w posiadaniu wykonawcy, rozpisanie nowego przetargu oraz transport do nowego wykonawcy, co generowałoby dodatkowe duże koszty oraz ryzyko niezrealizowania całości projektu.

Zamawiający wyjaśnił, że zarówno on jak i wykonawca nie mieli wpływu na terminy działania innych organów, takich jak inspektor TDT, dokonujący oględzin parowozu, co wstrzymało jego naprawę. Ponadto Oddział Terenowy Transportowego Dozoru Technicznego w Warszawie, do którego pismem z dnia 21 lipca 2016 r. wykonawca wystąpił o oddelegowanie inspektora do przeprowadzenia oględzin kotła, uwzględnił prośbę wykonawcy dopiero 6 września 2016 r. Na skutek oględzin doszło do rozszerzenia przedmiotu zamówienia o ww. prace remontowe dotyczące kotła. Zamawiający poinformował, że po dostarczeniu kotła do Jaworzyny Śląskiej Wykonawca potrzebował ok. 12-14 tygodni na obsadzenie kotła na ramię, połączenie armatury oraz montaż budki maszynisty i wykonanie prac lakierniczych. Powyższe oraz oczekiwanie na oddelegowanie inspektora TDT i rozszerzenie zakresu prac dotyczących kotła sprawiło, że dotrzymanie pierwotnego terminu realizacji zamówienia stało się niemożliwe.

Zamawiający wskazał, że w informacji o wyniku kontroli z dnia 28 czerwca 2018 r. Prezes Urzędu błędnie wskazał, iż termin realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki został wydłużony odpowiednio o 14 i 11 miesięcy, gdyż faktycznie został on wydłużony o 8 miesięcy i 15 dni, oraz że termin realizacji zamówienia został ostatecznie przesunięty o 18

miesiący zamiast 13 miesięcy. Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż - w jego opinii - był on uprawniony do zmiany umowy z dnia 3 listopada 2015 r. stosownie do treści art. 144 ust. 1 w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 19 października 2015 r, gdyż w § 8 ust. 2 lit. b) tej umowy przewidział możliwość ich dokonywania w razie zaistnienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć i niezależnych od wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego należy odrzucić pogląd, zgodnie z którym umowy zawarte po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nie mogą podlegać zmianie, przy czym do umów zawieranych na skutek zastosowania ww. trybu zastosowanie będzie miał art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny* (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm., dalej: „kc”), *jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Ponadto - w opinii Zamawiającego - kodeks cywilny należy stosować również do stosunku zobowiązaniowego, istniejącego pomiędzy stronami umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że w zakresie odrębnie nieuregulowanym przepisami ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców należy stosować wprost przepisy kodeksu cywilnego. Tym samym, jak wskazał Zamawiający, zgodnie z art. 353¹ kc, zawarcie umowy po postępowaniu w trybie z wolnej ręki oraz jej aneksowanie, zostało przeprowadzone prawidłowo.

Zamawiający wskazał, iż *w sprawie bezsporne jest, że faktyczny zakres prac niezbędnych do wykonania w ramach ww. umowy znacznie przekraczał wskazany w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym integralną część umowy. Strony, zdając sobie sprawę, że bez uprzedniego demontażu parowozu objętego remontem nie jest możliwe ustalenie rzeczywistego zakresu prac ustaliły, że w terminie do 20 stycznia 2016 r. dokonają protokolarnego ustalenia rzeczywistego zakresu usterek parowozu*. W przedmiotowej umowie wskazano ponadto (§ 8 ust. 2 lit. c) i e)), iż przesłanką zmiany umowy jest wykrycie w czasie badania i demontażu usterek wcześniej niewykrytych, oraz że w razie stwierdzenia poważnych usterek wymagających znacznych nakładów, wykonawca zgłasza potwierdzone badaniem lub protokołem fakty zamawiającemu, który może podjąć decyzję o kontynuowaniu lub zaprzestaniu dalszej naprawy. Powyższe świadczy o tym, iż strony umowy przyjęły, że zakres świadczenia, którego realizacja jest objęta umową, może ulec zmianie.

Zamawiający wyjaśnił również, że na skutek zaistniałych okoliczności oraz związanym z nimi roszczeniem wykonawcy o ustalenie nowego wynagrodzenia, powstał problem możliwości rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz powierzenia pozostałych prac remontowych innemu podmiotowi. Rodziłoby to potrzebę przeprowadzenia nowego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji wymagałoby przetransportowania parowozu w nowe miejsce na koszt Zamawiającego. Powyższe prowadziłoby do wygenerowania dodatkowych kosztów i wydłużenia czasu realizacji zadania.

Zamawiający przywołał także opinię Stacji Muzeum, pełniącej nadzór techniczny nad przebiegiem remontu parowozu, która wskazała, iż kocioł parowozowy i inne urządzenia ciśnieniowe podlegają stałemu nadzorowi przez Transportowy Dozór Techniczny, a nakazy inspektora TDT są wiążące. Ponadto Zamawiający był zależny od czynności związanych z działalnością innych organów, np. wyrażeniem zgody na rejestrację i wydanie decyzji o dopuszczeniu 5 zbiorników ciśnieniowych oraz parowozu wąskotorowego, czy doraźne badanie eksploatacyjne przeprowadzane przez inspektora TDT. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie musiał kierować się gospodarnością - przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i związane z nim czynności, takie jak transport, generowałyby koszty i prowadziły do wydłużenia czasu realizacji zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie mógł pozwolić sobie na nierozszerzenie zakresu robót, gdyż nie zostałby w pełni zrealizowany remont parowozu. Zamawiający odwołał się także do motywu 109 dyrektywy klasycznej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE), zgodnie z którym *instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.* W związku z powyższym wskazał, iż podjęcie przez Zamawiającego działań innych niż udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki wiązałoby się z długotrwałym i kosztownym procesem, dowodzeniem zasadności braku kar, przygotowaniem kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, transportem parowozu oraz wydatkami, co naraziłoby Zamawiającego na szkodę. Zaistniałych okoliczności, zdaniem Zamawiającego, nie mógł on działając z należytą starannością przewidzieć.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający nie kwestionował ustaleń Prezesa Urzędu oraz kwalifikacji prawnej naruszenia polegającego na tym, że zmiana poziomu utrzymania parowozu, będącego przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki, jak również pozostałe zmiany odnoszące się do przedmiotu zamówienia, będące modyfikacją lub rozszerzeniem zakresu przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki w stosunku do uprzednio prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z faktem, iż Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń w ww. zakresie, Prezes Urzędu podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli z dnia 28 czerwca 2018 r.

Nie odnosząc się już szczegółowo do kwestii związanej ze zmianą zakresu przedmiotu zamówienia objętego zamówieniem z wolnej ręki w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w ramach uprzednio prowadzonych postępowań przetargowych, warto jednak zauważyć, że powyższa zmiana sama w sobie nie warunkowała udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zmiana poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 poziomu P5 na poziom P4 była istotną zmianą pierwotnych warunków realizacji zamówienia, dyskwalifikującą możliwość skorzystania przez Zamawiającego z możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Udzielenie zamówienia w oparciu o wskazaną podstawę jest wyjątkiem od zasady prowadzenia postępowania w trybach konkurencyjnych - procedury (art. 10 ustawy Pzp), który to wyjątek w żadnej mierze nie może być interpretowany rozszerzająco. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 19 października 2015 r., *zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.* Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności: udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzedzone zostało przeprowadzeniem kolejno co najmniej dwóch postępowań; przynajmniej jedno z ww. postępowań prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, w ww. postępowaniach nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie

zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia; warunki zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione względem pierwotnych warunków, określonych w ww. uprzednio prowadzonych postępowaniach.

Za istotną i stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką zmianę warunków zamówienia, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, wpłynęłaby na udział w nim innych wykonawców. Podkreślenia wymaga, że pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Zatem, aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione.

Podsumowując, zmiana merytoryczna charakteru przedmiotu zamówienia, której Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli nie zaprzeczył, wyeliminowała po stronie Zamawiającego prawo do skorzystania z przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji też nie można tłumaczyć dalszych okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w ramach umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, w tym również dalszych zmian tej umowy, jako usprawiedliwienia dla udzielenia zamówienia w tym trybie. Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w zastrzeżeniach od wyniku kontroli de facto do tego zmierza.

Niezależnie od powyższego, w ślad za informacją o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu powtórzył, iż Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp także przez dokonanie zmian w zakresie terminu realizacji zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, termin realizacji zamówienia wynosił 120 dni licząc od dnia podpisania umowy (w sprawie Muz-ZP.263.5.2015.RM) oraz maksymalnie 7 miesięcy (w sprawie Muz-ZP.263.6.2015.AG), biorąc pod uwagę termin składania ofert (21 września 2015 r.) oraz dzień, na który wyznaczono koniec terminu realizacji zamówienia (30 kwietnia 2016 r.). Natomiast w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki termin realizacji zamówienia, na skutek dwukrotnego aneksowania umowy 136/F/2015, został ostatecznie przesunięty o ponad rok (z 31 marca 2016 r. na 30 kwietnia 2017 r.) i wynosił łącznie około 18 miesięcy. Należy zauważyć, iż termin realizacji zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je

złożyć. W konsekwencji wydłużenie terminu realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odpowiednio o 14 i 11 miesięcy w stosunku do przetargów nieograniczonych stanowiło istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tymczasem w świetle wskazanego przepisu należało dokonać oceny możliwości wprowadzenia zmian w umowie zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z wielokrotnie prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych stanowiskiem, przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu mającym zastosowanie do postępowania podlegającego niniejszej kontroli (sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.), regulujący dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje odpowiedniego zastosowania do umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Należy stwierdzić, iż w odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należało oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, chcąc zatem dokonać zmiany umowy, był w takich sytuacjach zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należało ocenić czy m.in. pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione przez zawarcie aneksu do umowy. Stwierdzenie braku spełnienia tej przesłanki warunkuje brak możliwości zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą.

Odnosząc się z kolei do argumentów podnoszonych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Prezes Urzędu wskazał, iż fakt zawarcia w umowie z dnia 3 listopada 2015 r. postanowienia, zgodnie z którym *po wykonaniu przez wykonawcę pierwszego etapu (...), strony zobowiązują się do dokonania w terminie do dnia 20 stycznia 2016 r. protokolarnego ustalenia rzeczywistego zakresu usterek parowozu oraz określenia ich ewentualnego wpływu na realność terminu wykonania umowy*, oraz umożliwienie wykonawcy przesunięcie terminu realizacji zamówienia po 20 stycznia 2016 r., stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, w związku z czym uniemożliwiają zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W projektach umów stanowiących załączniki do siwz w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, poprzedzających kontrolowane postępowanie, brak jest tego typu postanowień, co potwierdza dokonanie istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego.

Powyższe oznacza jedynie, że Zamawiający w postanowieniach umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki wprowadził dodatkowe postanowienie umożliwiające wprowadzenie przedmiotowych zmian umowy, którego to postanowienia pierwotne,

przetargowe warunki umowne nie przewidywały. To oznacza, że Zamawiający na etapie wykonania zamówienia z wolnej ręki przewidywał inny sposób jego realizacji niż pierwotnie zakładany w ramach postępowań przetargowych (jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia specyfikujący konkretne działania po stronie wykonawcy, bez oceny przez wykonawcę, czy zewnętrznych ekspertów rzeczywistego zakresu wykonywanych prac). Nie można wykluczyć, że przyjęty w ramach umowy z wolnej ręki, łącznie z jej zmianami, także co do terminów realizacji zamówienia, sposób wykonania zamówienia kwalifikowałby się wyłonieniem wykonawcy do realizacji przedsięwzięcia w trybie konkurencyjnym. Z całą pewnością zaś zmiana warunków realizacji zamówienia nie mieściła się w przesłance art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego, dotyczących błędnego wskazania w informacji o wyniku kontroli doraźnej okresów, o jakie został przesunięty termin realizacji zamówienia, należy wyjaśnić, iż istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia stanowiły modyfikacje dokonane względem terminów wskazanych w dokumentacji przetargów nieograniczonych Muz-ZP.263.5.2015.RM i Muz-ZP.263.6.2015.AG. Wskazane okresy (14 i 11 miesięcy) odnoszą się do terminów pierwotnie wskazanych w projektach umów stanowiących załącznik do siwz w ww. przetargach. Ponadto w informacji o wyniku kontroli nie stwierdzono, iż termin realizacji umowy został przedłużony o 18 miesięcy, lecz że na skutek zmian wynosił łącznie około 18 miesięcy (na powyższe składa się pierwotny termin, liczony od dnia zawraca umowy po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 3 listopada 2015 r. do wskazanego w § 2 ust. 1 tej umowy dnia 31 marca 2016, oraz przesunięcie tego terminu ostatecznie na dzień 30 kwietnia 2017 r.).

Prezes Urzędu odnosząc się do wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności, takich jak: próba podjęcia negocjacji z *jedynym wykonawcą usługi naprawy ww. parowozu*; zlecenie naprawy kotła podwykonawcy SEA Cz. a.s.; konieczność zabezpieczenia mienia znajdującego się w posiadaniu wykonawcy, rozpisania nowego przetargu oraz transportu do nowego wykonawcy, co generowałoby dodatkowe duże koszty oraz ryzyko niezrealizowania całości projektu, w przypadku nie zawarcia aneksu do umowy z dnia 3 listopada 2015 r.; brak wpływu na terminy działania innych organów, takich jak inspektor TDT; czas oczekiwania na inspektora oraz czas potrzebny na obsadzenie kotła na ramię, połączenie armatury oraz montaż budki maszynisty i wykonanie prac lakierniczych; opinia Stacji Muzeum, pełniącej nadzór techniczny nad przebiegiem remontu parowozu - wskazał, iż pozostają one bez wpływu na możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przytoczone okoliczności mają charakter jedynie organizacyjny lub gospodarczy i nie są związane z przesłankami określonymi w ww. przepisie. Poza tym

wskazane okoliczności związane są ze zmianą podejścia do realizacji przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Okoliczność, iż Zamawiający na etapie prowadzenia postępowania w trybie przetargowym nie uwzględnił pewnych kwestii związanych z realizacją przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy do usprawiedliwienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazany przepis ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii prawnych związanych z możliwością zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, należy wskazać, że mimo, iż art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania uprawniał do dokonywania zmian umowy, w sytuacji gdy *zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany*, to w zaistniałej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony do jego zastosowania. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli z dnia 28 czerwca 2018 r., przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, regulujący dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

W ocenie Prezesa Urzędu słusznie Zamawiający wskazał, iż z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie będzie miał art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Należy jednak zauważyć, iż na skutek odesłania do przepisów kodeksu cywilnego, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki muszą być oceniane m.in. w świetle art. 353¹ kc, zgodnie z którym *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Wyrażona w ww. przepisie zasada swobody umów doznaje jednak ograniczenia w stosunku do zamówień publicznych. Po pierwsze zamawiający nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę. Po drugie zamawiający nie ma możliwości wyboru formy, w jakiej zostanie zawarta umowa. Po trzecie treść umowy o wykonanie zamówienia publicznego musi uwzględniać przepisy ustawy Pzp. Dlatego też należy stwierdzić, iż w odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać - jak już wcześniej wskazano - z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe ograniczenie wynika z

faktu, iż przedmiotowe umowy zawarte zostały w reżimie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne zasady, na jakich powinien opierać się proces ich zawierania. Należy podkreślić, iż na gruncie ustawy Pzp zmiana umów dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte z wolnej ręki nie mogą być swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie, iż w przypadku zmian przedmiotowych w umowie o wykonanie zamówienia publicznego, strony są zobowiązane do oceny czy w stosunku do zawieranych aneksów do umów w dalszym ciągu zachodzą przesłanki uzasadniające zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki.

W związku z powyższym należy podkreślić, że w analizowanym stanie faktycznym również dokonywanie zmian ww. umowy w oparciu o przywołany przez Zamawiającego § 8 ust. 2 lit. c) i e) należy rozpatrywać w świetle spełniania przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia - jak już wskazano - mają istotny charakter, w porównaniu do opisu przedmiotu zamówienia określonego dla uprzednio prowadzonych przetargów. Powyższe przyznał sam Zamawiający w piśmie z dnia 11 lipca 2018 r. (strona 9), wskazując: *w sprawie bezsporne jest, że faktyczny zakres prac niezbędnych do wykonania w ramach ww. umowy znacznie przekraczał wskazany w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym integralną część umowy.*

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, zgodnie z którym był on zobowiązany do kierowania się gospodarnością przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, należy wyjaśnić, iż w informacji o wyniku kontroli nie była podważana celowość, czy gospodarność udzielenia przedmiotowego zamówienia, lecz brak zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający, udzielając zamówień publicznych, powinien również kierować się zasadą legalizmu. Racjonalne gospodarowanie będącym w dyspozycji Zamawiającego mieniem powinno uwzględniać też zasady udzielania zamówień publicznych, w tym reguły związane z konkurencyjnością.

Uzasadniając udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki Zamawiający przywołał również treść motywu 109 do dyrektywy klasycznej, wskazującego na potrzebę umożliwienia zamawiającym i wykonawcom dostosowania umowy do nieprzewidzianych okoliczności zewnętrznych. Należy jednak zauważyć, że wyrazem tego postulatu jest treść art. 144, regulującego przesłanki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, również wskazane powyżej regulacje wynikające z kodeksu cywilnego.

Zachowanie Zamawiającego musiało zatem mieścić się w ww. regulacjach prawa krajowego, co nie miało swojego wypełnienia w przypadku analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powołanie się na treść motywu 109 dyrektywy klasycznej nie ma żadnego, formalnego znaczenia.

Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp. Prezes Urzędu poinformował również, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuję ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie zastrzeżeń wyraża, w formie uchwały, opinię w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza

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

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez Zamawiającego przepisów art.67 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do protokołu kontroli nie są zasadne w odniesieniu do zastosowanego trybu przeprowadzonego postępowania

poddanego kontroli. W zgłoszonych zastrzeżeniach do protokołu kontroli Zamawiający w zasadzie nie odniósł się do wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej uchybień w zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia determinujących możliwość wykorzystania przy udzieleniu zamówienia przesłanek ww. przepisu. Zamawiający nie kwestionował, że nastąpiła zmiana poziomu utrzymania parowozu, będącego przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki, jak również Zamawiający nie kwestionował pozostałych wskazanych zmian odnoszących się do przedmiotu zamówienia, będące modyfikacją lub rozszerzeniem zakresu przedmiotu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do uprzednio prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, i że stanowią te zmiany istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle ww. przepisu ustawy Pzp. Prezes Urzędu słusznie również zauważa w piśmie z 31 lipca 2018 roku, że udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o ww. podstawę prawną stanowi wyjątek od zasady prowadzenia postępowania na podstawie trybu konkurencyjnego, a przesłanki stosowania trybu niekonkurencyjnego w jakim przeprowadzone zostało postępowanie poddane kontroli winny być interpretowane ściśle. W ukształtowanych w ustawie zasadach (rozdział 2 ustawy) oraz poszczególnych przepisach ustawy regulujących poszczególne tryby udzielania zamówień publicznych znajdują odzwierciedlenie cele i zasady zawarte w przepisach prawa europejskiego. Podstawowa regulacja w zakresie wyboru trybu w jakim zostaje udzielone zamówienie zawarta jest w art. 10 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu Zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. W obowiązku Zamawiającego, który korzysta z innego trybu udzielenia zamówienia (art. 10 ust. 2 ustawy) niż tryb podstawowy (art. 10 ust. 1 ustawy) jest wykazanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy i wypełnia przesłanki wynikające z przepisów szczególnych dla wybranego trybu, w którym udzielił zamówienia (przykładowo: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 roku sygn. akt KIO/KD 21/12). Ciężar udowodnienia spoczywa na Zamawiającym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego - *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły,

a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (*na tym ciąży dowód, kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza*). Izba wskazuje również, że tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, dlatego przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane ściśle oraz wykazane w taki sposób aby uzasadniały zastosowanie tego trybu. Wskazać należy, że Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r. Sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok z dnia 1 października 2001, Sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, Syg. akt III RN 16/01) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępstwo od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 lub wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03). Zamawiający powinien był w zastrzeżeniach wykazywać spełnienie ustawowych przesłanek, jednakże tego nie uczynił.

Izba wskazuje, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie TSUE) należy uznać, że zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, która uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców (por. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji; analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, s. I-3801, w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur oraz w wyroku z 5 października 2000 roku w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.). Pod pojęciem "warunki zamówienia" rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Zatem, aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione. W tym kontekście znaczne wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia. Izba podkreśla, że istotna zmiana

pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy. W ocenie Izby, pod pojęciem "warunki zamówienia" rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe (pogląd takie wyrażono m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2010 roku sygn. akt KIO/KD 66/10 oraz uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2016 roku sygn. akt KIO/KD 45/16).

Mając powyższe na uwadze Izba uznaje, co również prezentowane jest w innych orzeczeniach Izby, że termin wykonania zamówienia to jeden z najistotniejszych elementów każdej umowy o zamówienie publiczne. Zaraz obok opisu przedmiotu zamówienia jest on jednym z najistotniejszych czynników kształtujących krąg potencjalnych wykonawców mogących skutecznie złożyć ofertę oraz wpływających na poziom oferowanych przez wykonawców cen.

Zmiana terminu realizacji zamówienia jak również wprowadzenie postanowień umowy dopuszczające takie zmiany terminów realizacji zamówienia muszą być badane w kontekście możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy bowiem wziąć pod uwagę okoliczność ewentualnego wpływu tej zmiany na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał w przedstawionych zastrzeżeniach, że zmiana terminu realizacji zamówienia w wyniku realizacji umowy w zamówieniu z wolnej ręki, jak również postanowienia zawartej w tym trybie umowy nie stanowiły istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do pierwotnie wskazywanych w postępowaniach przetargowych. Zamawiający skupiając swoją uwagę na wykazywaniu przyczyn jakie stanowiły podstawy zmiany, czy to zakresu przedmiotowego realizacji przedmiotu zamówienia w zamówieniu z wolnej ręki, czy też zmiany terminu realizacji przedmiotowego zamówienia w zasadzie – jak również zauważył to Prezes Urzędu – potwierdził, że dokonały się istotne zmiany w zakresie warunków realizacji zamówienia, które stanowiły determinantę niemożliwości zastosowania prawidłowo trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o podaną przez zamawiającego podstawę prawną.

Nie może również zostać uznane za prawidłowe dla uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwoływanie się do postanowień zawartej w dniu 3 listopada 2015 roku umowy, a wskazujących czy to na możliwość zmiany zakresu przedmiotowego, czy też terminu realizacji zamówienia. Izba zaznacza, że sposób realizacji umowy określony w umowie nie powoduje automatycznie, że realizacja zamówienia na podstawie tychże postanowień będzie stanowiła o prawidłowości udzielenia zamówienia na podstawie ustawy. Zmiany istotne w zakresie warunków realizacji

zamówienia odnoszące się do zmiany przedmiotu na etapie zawierania umowy – czyli faktyczne i istotne zmiany przedmiotowe w zamówieniu z wolnej ręki – jak również zmiany zakresu przedmiotu zamówienia jakie nastąpiły dodatkowo w trakcie realizacji w stosunku do udzielonego zamówienia uzasadniają niezasadność i nieprawidłowość w działaniu zamawiającego, a co należy podkreślić wykazywał sam zamawiający w złożonych zastrzeżeniach. Izba podziela argumentację Prezesa Urzędu, że do przedmiotowego zamówienia, z uwagi na brzmienie przepisów, nie miał zastosowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że każda zmiana warunków umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być oceniana w pryzmacie przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 4 warunkujących możliwość zawarcia takiej właśnie umowy.

Izba wskazuje, że udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek udzielania zamówień w sposób konkurencyjny, niewątpliwie obowiązek ten zostaje naruszony w sytuacji, gdy Zamawiający udziela zamówienia w trybie niekonkurencyjnym dokonując istotnych zmian warunków prowadzonego postępowania w trybie niekonkurencyjnym zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w stosunku do wcześniej przeprowadzonych przetargów. Wprowadzona przez Zamawiającego zmiana zakresu przedmiotowego zamówienia, której w zasadzie Zamawiający nie kwestionował w przedstawionych zastrzeżeniach, jak również zmiana terminów realizacji zamówienia w stosunku do przewidzianych w postępowaniach przetargowych stanowiły istotne zmiany warunków realizacji zamówienia nieuprawniającego zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....