

Sygn. akt: KIO/KD 4/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 lutego 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 31.12.2014 r. /wpływ 07.01.2015 r. – wpływ bezpośredni do Prezesa UZP/ (znak: L.dz. 432/2014) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Hala Sportowo-Widowiskowa w Gdyni – Samorządowy Zakład Budżetowy
ul. Kazimierza Górskiego 8
81-302 Gdynia

(obecnie: Gdyński Ośrodek Sportu i Rekreacji
ul. Olimpijska 5/9
81-538 Gdynia)

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31.12.2014 r.
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/82(2)/14/KS; KNZ/39/14 dot. SK/572/11/DKD)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Renowacja areny sportowej Hali Sportowo-Widowiskowej
prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Marek Szafraniec
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz pkt 3 Pzp. W zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Hala Sportowo-Widowiskowa w Gdyni – Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Kazimierza Górskiego 8, 81-302 Gdynia (obecnie: Gdyński Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Olimpijska 5/9, 81-538 Gdynia) zwana dalej: „Zamawiającym” przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Renowacja areny sportowej Hali Sportowo-Widowiskowej” na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 a) i b) oraz pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

Pismem z 4.12.2014 r. Prezes Urzędu Zamówień zwany dalej: „Prezesem UZP” wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania. Niniejsza kontrola została poprzedzona postępowaniem wyjaśniającym SK/572/11/DKD trwającym od 26.03.2012 r. w odpowiedzi na ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr ogłoszenia: 193970-2011; data zamieszczenia: 11.07.2011 r.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 23.12.2014 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej) - wynikają następujące okoliczności. W ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) oraz pkt 3 Pzp. Stosownie do dyspozycji zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Podkreślił, iż dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej adekwatny do założeń Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować. Zaznaczył, iż sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów opcjonalnie mogących zrealizować dane zamówienie, automatycznie wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, iż na rynku funkcjonuje wiele podmiotów świadczących usługi wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia. Rynek podmiotów realizujących podłogi na potrzeby obiektów, w których odbywają się zawody sportowe na poziomie profesjonalnym, jest rozbudowany i oferuje szeroki wachlarz

rozwiązań. Tym samym, nie sposób uznać, iż przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze determinowały realizację zamówienia wyłącznie przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Podkreślił, iż Zamawiający ani w treści ogłoszenia, ani w przedstawionych wyjaśnieniach nie przywołał jakichkolwiek okoliczności o charakterze technicznym, które wyłączałyby możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez potencjalnych innych wykonawców. W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi sytuacja wypełniająca dyspozycje art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

Z uwagi na powyższe okoliczności, tj. funkcjonowanie na rynku rozwiązań równoważnych oraz podmiotów realizujących analogiczny zakres świadczeń za nieuzasadnione należy również uznać zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zamawiający chcąc skorzystać z powyższego wyjątku obowiązany jest wykazać, iż nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego (prawem autorskim). Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.

W niniejszej sprawie Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powołał się na wymogi międzynarodowej federacji FIBA certyfikującej obiekty na potrzeby prowadzonych rozgrywek oraz unormowania organizacji krajowych. Powyższy argument należy uznać za nietrafiony. Prezes UZP nie kwestionuje, iż konkretny produkt dostarczany jest wyłącznie przez jego producenta i dla którego wystawiony został certyfikat. Jednocześnie jednak na rynku funkcjonują podmioty oferujące rozwiązania równoważne funkcjonalnie oraz dysponujące certyfikatami wydanymi na podstawie przywoływanych przez Zamawiającego uregulowań odnoszących się do boisk, na których mają być prowadzone rozgrywki. Zamawiający ma prawo zgodnie z własnymi potrzebami określić swoje wymagania w ramach postępowania zarówno o charakterze podmiotowym, jak i przedmiotowym, w tym wymagać określonych certyfikatów bądź atestów potwierdzających zgodność oferowanych świadczeń z określonymi regulacjami oraz normami. Nieuprawnione jest jednak ograniczenie dostępu do zamówienia poprzez wskazanie określonego rozwiązania w sytuacji, gdy inne podmioty mogą zaoferować świadczenia równoważne i wykazać ich zgodność z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego jako niezbędne. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z taką sytuacją na skutek

wskazania określonego rozwiązania. Powyższe ograniczenie Zamawiający uzasadnia zapisami umowy, w ramach której została zrealizowana budowa całego obiektu. Należy uznać, iż taka okoliczność nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp. Nie mamy bowiem w tym przypadku do czynienia z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Podstawę stanowią bowiem zapisy umowne, których brzmienie Zamawiający mógł swobodnie skonstruować. Wadliwe sformułowania umów zawartych uprzednio przez Zamawiającego nie mogą bowiem stanowić podstawy do ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienie w konkurencyjnych warunkach przez podmioty mogące zaoferować świadczenia odpowiadające swym zakresem świadczeniom określonym w przedmiocie zamówienia. Badany stan faktyczny jest zatem następstwem zapisów umownych i okoliczność ta wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, nie jest zaś skutkiem brzmienia przepisów prawa, które przyznają ochronę wyłączną określonemu przedmiotowi świadczenia. Gwarancja jakości jest rodzajem zobowiązania, w którym wykonawca robót podejmuje się naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której wykonawca udziela określonej gwarancji, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym, powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość utraty uprawnień gwarancji w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż wykonawca podłogi, nie stanowi zatem wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia temu wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp.

Podkreślił, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w okresie objętym rękojmią na wykonany budynek, zaś jako uzasadnienie dla jego przeprowadzenia w trybie z wolnej ręki Zamawiający wskazał również ryzyko utraty tej formy zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Należy zauważyć, iż rękojmia za wady jest ustawowym zabezpieczeniem interesów Zamawiającego, niezwiązanym z roszczeniem odszkodowawczym, ani karą umowną, określoną w warunkach umowy. Podstawą prawną stosowania rękojmi za wady jest przepis art. 637 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwanej dalej „KC”. Zgodnie z art. 656 w związku z art. 638 KC, jeżeli z art. 637 KC nie wynika nic innego, do rękojmi za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Ochrona z tytułu rękojmi za wady przysługuje z samego faktu wykrycia wady dzieła po dokonaniu odbioru robót i w czasie objętym ustawową rękojmią. Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy jest odpowiedzialnością bezwzględną, której wystarczającą przesłanką faktyczną jest ustalenie, że sprzedana kupującemu rzecz wykazuje cechy kwalifikujące ją w danym stosunku prawnym jako rzecz wadliwą. Rękojmia powstaje z mocy prawa, gdy spełnione zostaną przesłanki przewidziane w ustawie. Rękojmia znajduje zatem zastosowanie w każdym

przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Tym samym, nieuzasadnione jest powoływanie się przez Zamawiającego na ryzyko utraty ustawowo przysługującej rękojmi.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

W świetle przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji nie można również uznać, iż zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. W pierwszej kolejności wskazał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową. Za sytuację taką nie może być uznany fakt, iż nawierzchnia boiska uległa uszkodzeniom. Okoliczność taka nie jest nadzwyczajna w przypadku tego typu obiektów, zwłaszcza wobec podkreślanej przez Zamawiającego wysokiej intensywności, z jaką teren obiektu był wykorzystywany oraz różnorodności imprez, które się w nim odbywają. Potwierdza to również opinia Instytutu Techniki Budowlanej z czerwca 2011 r., w której stwierdzono, że *„(...) podłoga jest użytkowana bardzo intensywnie (...). Najbezpieczniejszą formą użytkowania podłogi w hali jest jej wykorzystanie do celów sportowych, ponieważ była badana pod kątem tego zastosowania. Wykorzystanie podłogi sportowej do celów pozasportowych niesie zawsze ryzyko – pomimo nawet ścisłego nadzoru ze strony właściciela obiektu – że podłoga może ulec ponadnormatywnym obciążeniom i nieprzewidzianym oddziaływaniom mogącym spowodować wcześniejsze jej zużycie lub usterki techniczne na jej małych lub nawet większych fragmentach. W przypadku dopuszczenia wykorzystania podłogi sportowej do innych celów niż czysto sportowe w takim obiekcie jak hala w Gdyni liczy się oczywiście rachunek ekonomiczny i względy społeczne (...). Z praktyki wiadomo, że całkowite uchronienie uniwersalnie wykorzystywanej podłogi sportowej przed różnego rodzaju i różnego stopnia uszkodzeniami, jest praktycznie*

niemożliwe.” W świetle powyższego nie sposób uznać, że zużywanie się oraz występowanie uszkodzeń intensywnie eksploatowanej podłogi sportowej, przy dodatkowym wykorzystaniu jej do celów pozasportowych można uznać za sytuację wyjątkową.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie sposób również uznać, iż wskazywana przez Zamawiającego sytuacja była dla niego niemożliwa do przewidzenia. Jak wskazano wcześniej, doświadczenie życiowe oraz praktyka funkcjonowania obiektów takich jak Hala w Gdyni wskazują na możliwość wystąpienia uszkodzeń podłogi w trakcie jej eksploatowania. Zamawiający jako podmiot zarządzający tego typu obiektem musi liczyć się z możliwością zaistnienia różnego rodzaju i stopnia uszkodzeń podłogi i dysponować możliwością ich usunięcia. Argumentacja Zamawiającego, iż do chwili otrzymania opinii Instytutu Techniki Budowlanej nie miał żadnej wiedzy na temat faktycznego stanu podłogi, w ocenie Prezesa UZP nie może uzyskać akceptacji. Nawet uznając, iż nie był znany szczegółowy stan całego systemu podłogowego, to należy uznać, iż Zamawiający dysponował odpowiednim zakresem wiedzy odnośnie areny sportowej. Ta wiedza, w połączeniu z planowanym stopniem wykorzystania obiektu, ustalonym – jak wskazał Zamawiający – ze sporym wyprzedzeniem oraz znajomością praktyki funkcjonowania tego typu obiektów, dawały – w ocenie Prezesa UZP – wszelkie dane umożliwiające Zamawiającemu przewidzenie zaistnienia sytuacji, która stała się przyczyną wszczęcia przedmiotowego postępowania. Należy przy tym podkreślić, iż ustawa nie wiąże możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp z faktem czy Zamawiający daną sytuację przewidział, lecz czy mógł ją przewidzieć. W badanym stanie faktycznym należy uznać, iż Zamawiający taką możliwością dysponował, a tym samym nie był uprawniony do powoływania się na sytuację niemożliwą do przewidzenia

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z 31.12.2014 r. /wpływ 7.01.2015 r./) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Kontrolujący stwierdził, iż: *„Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. (..) Nieuprawnione jest jednak ograniczenie dostępu do zamówienia poprzez wskazanie określonego rozwiązania w sytuacji, gdy inne podmioty mogą zaoferować świadczenia równoważne i wykazać ich zgodność z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego jako niezbędne. W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z taką sytuacją na skutek wskazania określonego rozwiązania.”* Zamawiający nie podziela tego poglądu, uważa, że ma on charakter generalny i abstrahuje od okoliczności faktycznych dotyczących przypadku badanego w toku kontroli.

Podniósł, iż przedmiot zamówienia stanowiło, zgodnie z par. 1 ust. 1 umowy nr 17/ZB-HSW/2011 z dnia 08.07.2011r. wykonanie dzieła polegającego na:

1) całkowitej renowacji lakieru i podłogi sportowej wynoszącej 1537 m², w zakres której wchodzi:

- a) naprawa lakieru po uszkodzenia mechanicznych,
 - b) demontaż podłogi w strefie kosza,
 - c) szlifowanie całkowite podłogi,
 - d) nakładanie gruntu SPORT PRIME FIBA,
 - e) malowanie linii na całym boisku,
 - f) malowanie Strefy Trumny kolorem niebieskim FIBA 3005,
 - g) 2-krotne malowanie lakierem półmat BONA SPORTWE FINISH posiadającym atest FIBA,
 - h) 1-krotne mycie podłogi środkiem utwardzającym
- 2) natrasowaniu linii do wyklejania taśmą boiska do piłki ręcznej.

Zadanie wiązało się z mechaniczną ingerencją w konstrukcję - elementu systemu podłogi, poprzez m.in. demontaż części podłogi i w związku z tym ingerencję w konstrukcję nośną podłogi oraz zderzenie lakieru przy pomocy odpowiedniej maszyny. Ważne było i jest, aby przy wykonywaniu takich czynności zachować certyfikowane parametry techniczne systemu podłogi, jakimi są amortyzacja, ugięcia, odbicia, odporność na ciężar, poślizg.

Zastosowana w hali sportowo-widowiskowej w Gdyni podłoga „SCHAFER PROFESSIONAL”, jest certyfikowana oznaczeniami CE, B, FIBA jako całość. Certyfikaty udzielane są przedmiotowo - dla wskazanego systemu podłogi sportowej jako całości i podmiotowo - wymienionemu w certyfikacie podmiotowi (X) i w takim kontekście należy, zdaniem Zamawiającego, rozpatrywać przedmiot zamówienia.

Zmiana sposobu konserwacji spowodowałaby ingerencję w parametry wytrzymałościowo-użytkowe podłogi sportowej dla poziomu 1, co skutkowałoby utratą certyfikatu w odniesieniu do całości systemu - podłogi sportowej. Do tej pory podłoga sportowa spełnia wszystkie normy, wymagane także m.in. przez Polską Ligę Koszykówki S.A. i Polski Związek Koszykówki:

PN-EN 13226:2004; PN-EN 13647:2004; PN-EN 14342:2006; PN-EN 14904:2009; PN-EN 14809:2008; PN-EN 12235:2005; PN-EN ISO 5470-1:2001; PN-EN ISO 2808:2001, oraz PN-EN 14808:2006; PN-EN 14809:2006; PN-EN 12235:2005/AC:2006; PN-EN 1569:2005; DIN V 18032-2:2001.

Zakres przedmiotu zamówienia (w szczególności demontaż podłogi) jest z przyczyn technicznych niemożliwy do wykonania przez inny podmiot. Wprowadzenie innego wykonawcy mogłoby spowodować wysokie ryzyko, iż podłoga objęta renowacją nie byłaby kompatybilna z całością. Nie ma możliwości aby inny Wykonawca zastosował te

same rozwiązania, które zastosował Wykonawca zaproszony przez Zamawiającego do negocjacji ze względu na fakt, iż ten rodzaj rozwiązania stosuje wyłącznie Wykonawca (X) który jest, zdaniem Zamawiającego, jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji danego zamówienia.

Podłoga, w kontekście wyżej wskazanych wyjaśnień, jako produkt stanowi system wzajemnie powiązanych w określony sposób elementów, a warstwa wierzchnia stanowi jedynie element tego systemu. Naruszenie bądź zmiana właściwości podłogi lub jej części skutkowałyby wycofaniem się z rozgrywek krajowych bądź międzynarodowych korzystających z hali klubów sportowych. Stan podłogi sportowej jest przed każdym meczem ściśle badany. Weryfikacja taka jest przeprowadzana w formie wizytacji przedstawicieli wyżej wskazanych związków, a jej wynik warunkuje podjęciem pozytywnej decyzji o zgodzie na przeprowadzeniu zawodów sportowych. Weryfikacja odbywa się poprzez przedstawienie przez halę dokumentacji składającej się co najmniej z: wyników testu prototypu, opisu procedury instalacji, zaleceń utrzymania (konserwacji), wyników przeprowadzonych kontroli udzielonej przez oficjalne organy kontrolne. Certyfikat na całą podłogę sportową (przedmiotowy i podmiotowy), będący w posiadaniu Zamawiającego jest zatem niezbędnym elementem stanowiącym podstawę do pozytywnej weryfikacji.

Zamawiający zgodził się z poglądem kontrolującego, że *„na rynku działają podmioty oferujące rozwiązania równoważne funkcjonalnie oraz dysponujące certyfikatami wydanymi na podstawie przywoływanych przez Zamawiającego uregulowań odnoszących się do boisk, na których mają być prowadzone rozgrywki”*, jednakże zdaniem Zamawiającego, ma to zastosowanie gdy Zamawiający zleca wykonanie bądź wymianę całej podłogi, nie natomiast jego części. Jak już wcześniej wspomniano, wyłącznie Wykonawca (X) stosuje rozwiązanie zastosowane w hali i zastosowanie rozwiązania równoważnego doprowadziłoby do braku spójności podłogi.

W dalszej części Kontrolujący stwierdził, iż: *„Podstawę stanowią bowiem zapisy umowne, których brzmienie Zamawiający mógł swobodnie skonstruować. Wadliwe sformułowania umów zawartych uprzednio przez Zamawiającego nie mogą bowiem stanowić podstawy do ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienie w konkurencyjnych warunkach przez podmioty mogące zaoferować świadczenia odpowiadające swym zakresem świadczeniom określonym w przedmiocie zamówienia. Badany stan faktyczny jest zatem następstwem zapisów umownych i okoliczność ta wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, nie jest zaś skutkiem brzmienia przepisów prawa, które przyznają ochronę wyłączną określonemu przedmiotowi świadczenia.”* Zamawiający podkreślił, iż umowa na budowę obiektu hali sportowo-widowiskowej została zawarta 13.07.2004 r. pomiędzy Gminą Gdynia, a Generalnym Wykonawcą - konsorcjum Y. Zamawiający nie był stroną umowy oraz nie miał możliwości skonstruować zapisów umowy, ani w żaden sposób w nie ingerować. Zamawiający, będący

zakładem budżetowym został utworzony Uchwałą Rady Miasta z dnia 22.09.2004r., już po zawarciu umowy z Generalnym Wykonawcą. Wraz z utworzeniem zakładu budżetowego Zamawiający przejął wszystkie zobowiązania już zawarte ze wszystkimi skutkami. Nadmieniał, iż zawarcie umowy na budowę obiektu hali sportowo-widowiskowej nastąpiło wskutek wyboru wykonawcy zgodnie z obowiązującą ustawą Pzp w trybie przetargu nieograniczonego i sformułowane w przetargu oraz w umowie postanowienia mogły ulec zmianie wyłącznie na zasadach określonych w ww. ustawie. Badany stan faktyczny jest zatem następstwem zapisów umownych i nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, tj. Hali Sportowo-Widowiskowej - samorządowego zakładu budżetowego w Gdyni.

Zamawiający przyjął pogląd Kontrolującego, iż jako podmiot zarządzający obiektem sportowym musi liczyć się z możliwością występowania uszkodzeń intensywnie eksploatowanej podłogi sportowej i koniecznością ich usunięcia. Podkreślił jednak, iż Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć wielkości uszkodzeń oraz czasu ich powstania. Powstałe uszkodzenia mogą wystąpić po przeprowadzeniu jednego meczu lub w dowolnym czasie i nie ma możliwości, aby Zamawiający sam ocenił kiedy i w jakim stopniu uszkodzenie powstanie. Nie ma możliwości również, aby przewidzieć czas remontu nawierzchni, stąd w grafiku imprez sportowych/treningów sporządzanym na początku roku nie ma przewidzianego czasu na remont i naprawę podłogi. Zamawiający wskazał, iż od udzielenia przedmiotowego zamówienia do dnia sporządzenia przedmiotowego pisma nie wystąpiło uszkodzenie podłogi wymagające naprawy, pomimo zbliżonej intensywności w jej użytkowaniu.

Prezes UZP w odpowiedzi z 22.01.2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/82(7)/14/KS; KNZ/39/14) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. W pierwszej kolejności stwierdził, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Prezes UZP przywołując w informacji o wyniku kontroli pogląd wskazujący na konieczność obiektywnego braku istnienia rozwiązań równoważnych, nie używał go w sposób generalny i abstrakcyjny, lecz odnosił się do przywoływanej przez Zamawiającego argumentacji wskazującej na wymogi międzynarodowej federacji FIBA. W informacji o wyniku kontroli wskazano, iż istniała możliwość opisanie określonych wymogów, spełniania wymaganych norm oraz dysponowania określonymi certyfikatami w celu uzyskania świadczenia spełniającego uzasadnione potrzeby Zamawiającego w trybie konkurencyjnym. Okoliczność istnienia na rynku podmiotów oferujących rozwiązania równoważne nie jest przez Zamawiającego kwestionowana. Ponadto stwierdził, że Zamawiający nie wskazał na żadne parametry techniczne, które byłyby na tyle specyficzne, że nie mogłyby zostać osiągnięte przez inne podmioty funkcjonujące na rynku. W szczególności za takie nie mogą zostać uznane przywoływane w zastrzeżeniach normy, które zawierają ogólne wymagania

techniczne dla danego rodzaju produktu (podłogi sportowej), których Zamawiający może użyć do opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek spełnienia tych wymagań. Tym samym nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że z przyczyn technicznych zakres przedmiotu zamówienia nie mógł być wykonany przez inny podmiot niż wykonawca zaproszony do negocjacji.

W dalszej kolejności Prezes UZP podtrzymał stanowisko, iż Zamawiający poprzez wskazanie określonego rozwiązania ograniczył możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia innym podmiotom funkcjonującym na rynku. Prezes UZP ponownie podkreśla, że w informacji o wyniku kontroli nie kwestionował, iż konkretny produkt dostarczany jest wyłącznie przez jednego wykonawcę. Podstawą dla uznania, iż nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki był fakt, iż jako uzasadnienie dla konieczności nabycia usług związanych z ściśle oznaczonym produktem Zamawiający nie wskazał przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, lecz zapisy zawartych uprzednio umów, co potwierdza również Zamawiający. Tym samym należy uznać, że przyczyny zaistniałego stanu faktycznego leżą po stronie Zamawiającego. Fakt, iż pierwotna umowa na budowę hali została zawarta przez inny podmiot - Gminę Gdynia, od której Zamawiający przejął prawa i obowiązki wynikające z umowy pozostaje bez znaczenia dla oceny zaistniałego stanu faktycznego. Należy bowiem wskazać, iż Zamawiający miał możliwość kształtowania zapisów umownych (w tym dotyczących gwarancji i rękojmi) o czym świadczy okoliczność, iż zawierał w trakcie realizacji inwestycji aneksy zmieniające poszczególne postanowienia umowne (w tym aneks nr 11 z dnia 30.07.2008 r., w ramach którego zatwierdził jako podwykonawcę podmiot zaproszony do negocjacji w zakresie postępowania objętego kontrolą). Nie można zatem uznać, iż Zamawiający pozbawiony był możliwości kształtowania uprawnień wynikających z umowy.

Bezsporne jest, iż skala oraz moment wystąpienia takich uszkodzeń nie jest możliwy do przewidzenia. Jednakże, w ocenie Prezesa UZP, z którą zgadza się również Zamawiający, podmiot zarządzający obiektem sportowym musi się jednocześnie liczyć z możliwością występowania uszkodzeń eksploatowanej podłogi sportowej i w momencie ich wystąpienia dysponować odpowiednimi narzędziami umownymi i prawnymi, w postaci gwarancji lub rękojmi na dostarczony produkt (w badanym przypadku podłogę sportową), za pomocą których dysponowałby bądź możliwością wyegzekwowania od wykonawcy usunięcia tych uszkodzeń, bądź usunięcia ich przy pomocy podmiotu wybranego zgodnie z obowiązującymi Zamawiającego przepisami prawa, w tym w szczególności przepisami Pzp. Te zaś wiążą możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki od zaistnienia ściśle określonych przesłanek, które w badanym stanie faktycznym nie zostały spełnione.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko organu kontroli wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej, należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie nie istniały podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz pkt 3 Pzp.

Jednakże, Izba nie podzieliła ustalenia organu kontroli uzasadniającego stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp.

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

Odnosnie kwestii zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp Izba podziela stanowisko organu kontroli, że nie jest wystarczające, iż konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej adekwatny do założeń Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego

zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować. Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować dane zamówienie, automatycznie wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Organ kontroli podnosił, że istniała możliwość opisanie określonych wymogów (spełniania wymaganych norm oraz dysponowania określonymi certyfikatami na dany produkt, tj. system podłogi sportowej), w celu uzyskania świadczenia spełniającego uzasadnione potrzeby Zamawiającego w trybie konkurencyjnym. Okoliczność istnienia podmiotów oferujących równoważne rozwiązania nie była przez Zamawiającego kwestionowana.

Izba podnosi, że organ kontroli w informacji nie kwestionowała, iż konkretny produkt dostarczany jest wyłącznie przez jednego producenta i dla każdego wystawiony został certyfikat (inaczej nie neguje certyfikaty przedmiotowo-podmiotowego na system podłogi sportowej). W konsekwencji, istotą przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest zakres przeprowadzanych prac renowacyjnych. Należy bowiem stwierdzić, że czym innym jest modernizacja, wymiana całej podłogi sportowej, czy też dostosowanie całej areny sportowej do nowych norm i przepisów dla rozgrywek sportowych – jak w przypadku stanu faktycznego co do którego wypowiedziała się Izba w uchwale KIO z 23.09.2011 r., sygn. akt: KIO/KD 71/11, a czym innym prace dotyczące jedynie części podłogi sportowej.

Zamawiający zwracał uwagę organu kontroli na tę istotną różnicę. Konieczne jest podkreślenie, że możliwym i stosowanym w praktyce jest organizowanie postępowań konkurencyjnych na przedmiot zamówienia dotyczący podłogi sportowej, ale dotyczy to wymiany całej starej podłogi na nową, czy też modernizacji, tudzież konserwacji całości. Organ kontroli w toku postępowania nie wykazał, co należy wyraźnie podkreślić, że w przedmiotowym stanie faktycznym chodzi o wymianę całości, co czyniłoby koniecznym przeprowadzenie trybu konkurencyjnego. Należy także zauważyć, że nie można każdorazowo wymagać od Zamawiającego, aby z naprawą sportowej podłogi wiązała się de facto wymiana jej całości. Powyższe bowiem byłoby działaniem niegospodarnym z punktu widzenia zasad wydatkowania środków publicznych. Konieczne jest także stwierdzenie, że każda sportowa podłoga stanowi certyfikowany system, co też stwierdza pośrednio opinia Instytutu Techniki Budowlanej (str. 2), w konsekwencji każdorazowe uczynienie zadość stanowisku organu kontroli wiązałoby się z koniecznością zmiany zastosowanego systemu podłogi sportowej.

Jak wynika z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, Zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, wówczas gdy istnieje tylko jeden podmiot, który z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

może świadczyć usługi/dostawy/roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia. Prawa wyłączne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą wynikać z przepisów odrębnych np. ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie i prawa pokrewne (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), ustawy z dnia 26 czerwca 2003 r. Ochrona prawna odmian roślin (Dz. U. Nr 137, poz. 1300 ze zm.), czy też ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1410).

Okoliczności ustalone przez organ kontroli, iż Zamawiający wskazał m.in. przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, jako podstawę prawną wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, podając przy tym w uzasadnieniu faktycznym okoliczność udzielenia rękojmi (§ 15 umowy nr KB/404/UI/112/W/2004 z dnia 13 lipca 2004 r.) na przedmiot umowy przez wykonawcę hali sportowej (w tym także podłogi sportowej hali), tj. Konsorcjum Z, a także możliwość jej utraty w przypadku wykonywania prac dotyczących podłogi sportowej przez inny podmiot niż ten, który faktycznie tę część hali sportowej wykonał (oświadczenia z 30.12.2008 r.) nie były przez Zamawiającego kwestionowane. Inaczej mówiąc podstawą były zapisy umowne, których brzmienie Zamawiający mógł swobodnie skonstruować oraz okoliczności z tego wynikające, co oznacza że byłyby to przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, a nie byłyby skutkiem brzmienia przepisów prawa. W zgłoszonych zastrzeżeniach Zamawiający przedstawił natomiast stanowisko, że nie był stroną umowy i nie miał de facto wpływ na jej konstrukcję. W tym zakresie, Izba potwierdza, że stanowisko organu kontroli jest zasadne i aneks nr 11 z 30.07.2008 r. jednoznacznie wskazuje, że stroną jest de facto Hala Sportowo-Widowiskowa w Gdyni – Samorządowy Zakład Budżetowy. Izba także wskazuje na umowę nr 34/ZB-HSW/2008 z 28.07.2008 r., która dotyczy robót zamiennych – wykonanie podłogi sportowej areny o wyższym standardzie (wzmianka w harmonogramie rzeczowo-finansowym – poz. 3.9 A stanowiącym załącznik do aneksu nr 13 z 20.11.2008 r.)

Nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, iż Zamawiający uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w protokole postępowania, a nadto w postępowaniu wyjaśniającym, czy też zastrzeżeniach, nie powołał się na żaden z przepisów ww. ustaw, czy też innych aktów prawnych. Takie przepisy nie zostały również powołane w zgłoszonych zastrzeżeniach. Zamawiający nie przedstawił również okoliczności faktycznych, które w jakimkolwiek stopniu byłyby związane lub wynikałyby z ww. przepisów odrębnych, do których należy odnosić przesłankę „ochrony praw wyłącznych”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp.

Z uwagi na charakter przepisu art. 67 ust. 1 Pzp, który musi być interpretowany wyłącznie w sposób ścisły, a przy tym jednoznaczny sposób sformułowania przesłanki,

określonej w pkt 1 lit b ust. 1 tego artykułu, w okolicznościach tej sprawy nie ma podstaw by uznać, że podmiot wybrany przez Zamawiającego do wykonania zamówienia, tj. X, korzysta z praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które tylko temu podmiotowi umożliwiają wykonanie prac związanych z dostosowaniem areny (podłogi sportowej) hali do obowiązujących norm i przepisów dla rozgrywek sportowych.

Przechodząc do analizy przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp odnotować należy, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Analiza powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest możliwe jedynie w sytuacji, w której niezbędna jest realizacja zamówienia niezwłocznie (od razu), a potrzeba ta wynika z wyjątkowej sytuacji, niespowodowanej działaniem Zamawiającego, przy czym nie jest możliwe zachowanie terminów, wynikających z innych trybów udzielenia zamówienia. Co istotne, jedynie kumulatywne zaistnienie wskazanych przesłanek uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Należy zauważyć, że wyjątkowość położenia Zamawiającego, w której się znalazł z przyczyn od siebie niezależnych i nieprzewidywalnych, ściśle łączy się jednocześnie z koniecznością udzielenia zamówienia od razu. Zatem, nie tylko wyjątkowość sytuacji, w której znalazł się Zamawiający jest istotna, ale również natychmiastowa potrzeba zrealizowania zamówienia. Niedostrzeżenie tego związku pomiędzy wskazanymi okolicznościami prowadzi do fałszywych wniosków. Natomiast zauważenie rzezonego powiązania prowadzi do stwierdzenia, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w istocie służy usunięciu skutków nieprzewidywalnych zdarzeń (np. katastrofy, awarie).

Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 17.03.2011 r., sygn. akt: KIO/KD 18/11: „(...) przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania. Przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p., znajdzie zatem zastosowanie w sytuacji, gdy niezbędne będzie podjęcie natychmiastowych działań, związanych z usuwaniem skutków katastrof lub zapobieżeniem gózącemu niebezpieczeństwu.”.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby potrzeba usunięcia uszkodzeń, które mogą wynikać w związku z użytkowaniem eksploatowanej podłogi sportowej nie może być uznana przez Zamawiającego za sytuację, która ma wyjątkowy charakter. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazywano wprost na stanowisko wyrażone w opinii przez Instytut Techniki Budowlanej, z której wynika intensywne użytkowanie podłogi sportowej do celów pozasportowych. Nadto, wskazuje się w przywołanej opinii, że podłoga sportowa była badana pod kątem wykorzystania do celów sportowych. Wynika więc z tego, że takie – jedynie sportowe - było jej przeznaczenie. Zamawiający winien tak planować użytkowanie obiektu, aby było zgodne z jej przeznaczeniem gwarantując sobie w ten sposób możliwość korzystania sobie z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę.

Odnosnie braku możliwości przewidzenia przez Zamawiającego zaistniałej sytuacji, która była źródłem natychmiastowej potrzeby zrealizowania zamówienia, wyjaśnienia Zamawiającego są niespójne i nieprzekonywujące. Przywołując bowiem przedstawione powyżej stanowisko wynikające z opinii Instytut Techniki Budowlanej należy wskazać, że Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę, iż skoro użytkuje podłogę sportową do celów pozasportowych, czyli niezgodnie z jej przeznaczeniem istnieje zagrożenie jej uszkodzenia. Należy także wskazać, że opinia Instytutu Techniki Budowlanej stwierdza, że to Zamawiający przyczynił się czynnie do powstania części uszkodzeń (str. 4) na skutek wykorzystania do konserwacji urządzenia wykorzystującego znaczną ilość wody podczas mycia. Podnosi się także, że część uszkodzeń jest wynikiem oddziaływania ostrych przedmiotów pozostałości imprez pozasportowych. Izba także wskazuje na zalecenie wynikające z przywołanej opinii odnośnie konieczności corocznej oceny technicznej podłogi sportowej z uwagi na dodatkowe wykorzystanie pozasportowe.

Względem natychmiastowej potrzeby zrealizowania zamówienia, argumentacja, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć wielkości uszkodzeń oraz czasu ich powstania stoi w sprzeczności z twierdzeniami z zastrzeżeń, że stan podłogi sportowej jest przed każdym meczem ściśle badany, a weryfikacja jest przeprowadzana w formie wizytacji przedstawicieli stosownych związków sportowych, przy czym, nawet uznając częściowo ziszczenie tej przesłanki podstawą zastosowania trybu z art. 67 ust.1 pkt 3 Pzp jest zaistnienie wszystkich przesłanek kumulatywnie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....