

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 4 maja 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Miejska Ciechanów

pl. Jana Pawła II 6, 06 – 400 Ciechanów

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKD/KND/2/17

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

roboty budowlane związane z zaleceniami GDDKiA

po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtuska i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref półprzejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka

prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

do uchwały z 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO/KD 15/17

Zamawiający – Gmina Miejska Ciechanów, pl. Jana Pawła II 6, 06 – 400 Ciechanów udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest realizacja robot budowlanych związanych z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtуска i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref pół przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (znak UZP/DKD/KND/2/17), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30.03.2017 r., iż Zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Prezes UZP wskazał ponadto, że Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści przywołanej wyżej informacji wynika, że z analizy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Gminę Miejską Ciechanów – wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na roboty budowlane związane z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtуска i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref pół przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 3 sierpnia 2015 r.

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2015 r. wszczął przedmiotowe postępowanie poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy II etapu zadania pn. Poprawa regionalnego systemu transportowego przez budowę w Ciechanowie pętli łączącej drogi krajowe nr 50 i 60, drogi wojewódzkie nr 617 i 615 oraz siedem dróg powiatowych, tj. Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich. Natomiast umowa o wykonanie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 20 sierpnia 2015 r. (nr umowy: ZPD-ZP.272.1.18.2015).

Zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował:

1. zmianę organizacji ruchu na Rondzie ul. Pułtуска, ul. Armii Krajowej – oznakowanie poziome (przygotowanie podłoża nawierzchni asfaltowej, oznakowanie poziome jezdni farbą chemoutwardzalną), oznakowanie pionowe (rozebranie słupków znaków, przymocowanie tablic znaków drogowych, drogowaskazy jednoramienne, słupki do znaków drogowych, przymocowanie tablic znaków drogowych);
2. zmianę organizacji ruchu na Rondzie ul. Płońska – oznakowanie poziome (przygotowanie podłoża nawierzchni asfaltowej, oznakowanie poziome jezdni farbą chemoutwardzalną), oznakowanie pionowe (rozebranie słupków znaków, przymocowanie tablic znaków drogowych, drogowaskazy jednoramienne, słupki do znaków drogowych, przymocowanie tablic znaków drogowych);
3. wykonanie pierścieni rond (SK 1 i SK 2) – rozebranie krawężników betonowych, rozebranie ław pod krawężniki z betonu, wykonanie koryta, załadowanie gruzu koparko-ładowarką, wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki, ława pod krawężniki betonowe z oporem, krawężniki kamienne, uszczelnianie taśmą bitumiczną między krawężnikiem kamiennym a drogą, remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej, krawężniki betonowe, podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem, podbudowa betonowa bez dylatacji, nawierzchnia z kostki kamiennej, rozścielenie ziemi urodzajnej, wykonanie trawników;
4. wykonanie stref pół przejezdnych (wykonanie pachwin ronda SK 4) - rozebranie krawężników betonowych, rozebranie ław pod krawężniki z betonu, rozebranie obrzeży, rozebranie nawierzchni z kostki betonowej lub żuźlowej, cięcie nawierzchni z mas mineralno-asfaltowych, mechaniczne rozebranie nawierzchni z mas mineralno-asfaltowych, załadowanie gruzu koparko-ładowarką, wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki, ława pod krawężniki betonowe z oporem, krawężniki kamienne, krawężniki betonowe, obrzeża betonowe, podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem, podbudowa betonowa bez dylatacji, nawierzchnia z kostki kamiennej, rozścielenie ziemi urodzajnej, wykonanie trawników, uszczelnianie taśmą bitumiczną między krawężnikiem kamiennym a drogą, remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej.

Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie w trybie z wolnej ręki jest konsekwencją realizacji umowy na wykonanie II etapu zadania pn. Poprawa regionalnego systemu transportowego przez budowę w Ciechanowie pętli łączącej drogi krajowej nr 50 i 60, drogi wojewódzkie nr 617 i 615 oraz siedem dróg powiatowych. Przeprowadzana w ramach tego zadania budowa rond na skrzyżowaniach z drogami krajowymi odbywała się w oparciu o zatwierdzoną przez GDDKiA dokumentację projektową. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 r. wystąpił do GDDKiA o przedłużenie terminu wprowadzania uzgodnionego projektu stałej organizacji ruchu. Do maja 2015 r. do

Zamawiającego nie wpłynęły żadne informacje odnośnie ewentualnych błędów lub braków w zatwierdzonym projekcie, w związku z czym prowadzono roboty budowlane w oparciu o wydaną przez Starostę Ciechanowskiego decyzję z dnia 6 kwietnia 2010 r., zatwierdzającą projekt podziału nieruchomości, projekt budowlany i zezwalającą na realizację inwestycji drogowej dla przedsięwzięcia pn. Wewnętrzna pętla miejska w Ciechanowie – droga gminna łącząca drogi krajowe nr 50 i 60, drogi wojewódzkie nr 617 i 615 oraz siedem dróg powiatowych oraz dokumentację projektową budowlaną i wykonawczą na ww. inwestycję. Zamawiający wskazał również, że w maju 2015 r. zorganizował spotkanie z przedstawicielem GDDKiA w celu wstępnej oceny problemu przejezdności na rondach z uwagi na sygnały otrzymywane od użytkowników dróg i policji. Na spotkaniu potwierdzono, że wykonane roboty budowlane stwarzają realne zagrożenie w ruchu drogowym. Z uwagi na bezpieczeństwo użytkowników dróg stwierdzono konieczność wprowadzenia zmian w oznakowaniu pionowym i poziomym rond. W celu oceny zakresu prac koniecznych Zamawiający wskazał na potrzebę przeprowadzenia audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na wszystkich skrzyżowaniach pętli miejskiej z drogami krajowymi. Audyt został przeprowadzony przez zarządcę dróg krajowych oddział GDDKiA w Warszawie, jego wyniki wraz z zaleceniami dostarczono Zamawiającemu w dniu 22 czerwca 2015 r. – przed ostatecznym odbiorem prac wynikających z umowy o zamówienie główne.

W wyniku Audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (dalej: „Audyt BRD”) z dnia 19 czerwca 2015 r. (nr Audytu BRD: 2/W/OWA/2015), przeprowadzonego przez Oddział GDDKiA w Warszawie – Audyt Wewnętrzny, stwierdzono wystąpienie koniecznych do uwzględnienia przed otwarciem dróg dla ruchu nieprawidłowości, powodujących pogorszenie bezpieczeństwa i ze względu na które wymagane było wprowadzenie zmian. Zaliczono do nich następujące uchybienia i zaproponowano poniższe rozwiązania:

1. Brak pierścienia na tarczy ronda, powodujący częste najeżdżanie na krawężnik (na skrzyżowaniach DK50 z ul. Armii Krajowej oraz DK60 z nowobudowaną obwodnicą) – zalecono wykonanie na rondzie pierścienia o szerokości min. 2 m, wykonanego z odpornego na najeżdżanie materiału.
2. Na wlotach i wylotach ronda w ciągu drogi krajowej zastosowano krótkie dodatkowe pasy ruchu, które mogą nie zapewniać przejezdności (na skrzyżowaniach DK50 z ul. Armii Krajowej oraz DK60 z nowobudowaną obwodnicą) – zalecono dokonanie analizy przejezdności ronda oraz zastosowanie innej segregacji ruchu na dojazdach do ronda i na jego jezdni.
3. Na wlocie DK60 od strony Ostrowa Mazowieckiego występuje odcinek, gdzie wyznaczono początek klina dodatkowego pasa ruchu oraz w osi zastosowano linie P-1e, co powoduje

nieczytelność oznakowania miejsca i może prowadzić do zjazdu pojazdu na pas do jazdy w przeciwnym kierunku – zalecono zastosowanie innej segregacji ruchu.

Ponadto w ww. wyniku Audytu BRD wymieniono szereg zmian możliwych do wprowadzenia na etapie użytkowania dróg.

Uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki Zamawiający wskazał, że w trakcie realizacji inwestycji zostały wydane przez GDDKiA zalecenia dotyczące zmodernizowania wykonanych skrzyżowań: SK 1 ul. Pułtuska, SK 2 ul. Płońska oraz SK 4 ul. Płocka, których wykonanie było konieczne pod rygorem braku możliwości użytkowania drogi. Zamawiający wskazał również, że udzielenie przedmiotowego zamówienia ww. Wykonawcy było konieczne ze względu na jego odpowiedzialność gwarancyjną oraz z tytułu rękojmi.

Zamawiający wyjaśnił także, iż wykonanie wydanych przez GDDKiA w trakcie realizacji inwestycji zaleceń, dotyczących zmodernizowania wykonanych skrzyżowań: SK 1 ul. Pułtuska, SK 2 ul. Płońska oraz SK 4 ul. Płocka, było konieczne dla możliwości użytkowania drogi. Zamawiający poinformował również, że było dla niego „elementem kluczowym” udzielenie zamówienia w zakresie wskazanym w wyniku Audytu BRD dotychczasowemu Wykonawcy inwestycji, tj. Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich, ze względu na ewentualne roszczenia z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości. Zamawiający wskazał, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki innemu Wykonawcy powodowałoby niemożność wystąpienia z ww. roszczeniami z uwagi na trudności w ustaleniu zakresu odpowiedzialności i podmiotu ją ponoszącego, co w opinii Zamawiającego zmusiłoby go do udzielenia kolejnego zamówienia na wykonanie prac naprawczych podmiotowi trzeciemu, co skutkowałoby nieracjonalnym rozporządzaniem środkami publicznymi. Zamawiający podkreślił, że – jego zdaniem – podjęte działania, polegające na udzieleniu zamówienia Wykonawcy umowy głównej, zabezpieczyły możliwość kierowania wszystkich obecnych i przyszłych roszczeń w stronę tego Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na problemy w użytkowaniu dróg, zgłoszone Wykonawcy zadania głównego w ramach gwarancji jakości i rękojmi za wady, powstanie spór pomiędzy tymi podmiotami. W związku z powyższym Zamawiający poinformował, że zlecił Instytutowi Badawczemu Dróg i Mostów w Warszawie wykonanie ekspertyzy technicznej, która podważyła prawidłowość wykonania prac oraz dotychczasowe wyjaśnienia Wykonawcy, co – zdaniem Zamawiającego – zwiększa prawdopodobieństwo zasadności wystąpienia z roszczeniami z tytułu rękojmi i gwarancji wobec Wykonawcy.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż 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 1 lit. a) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 3 sierpnia 2015 r., Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określone Wykonawcy, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego Wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny.

Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu.

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny Wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany Wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne

jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni Wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w przedstawionym przez Zamawiającego zakresie.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni Wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez Wykonawców innych, niż Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, ani w ogłoszeniu, ani w przesłanych wyjaśnieniach żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło być zrealizowane jedynie przez wskazanego przez niego Wykonawcę.

Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak ułatwienie w kierowaniu roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji jakości) oraz gospodarcze (takie jak nieracjonalne rozporządzanie środkami publicznymi na skutek konieczności udzielenia zamówienia podmiotowi trzeciemu), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Powyższe potwierdziła także KIO w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10) – od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze (...). Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 16 lipca 2013 r. (sygn.: KIO 1560/13), przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny i powinny być poparte rzeczywistym monopolem danego Wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego Wykonawcę. Tym samym wystąpienie nieprawidłowości, wskazanych w wyniku Audytu BRD, przeprowadzonego przez Oddział GDDKiA w Warszawie – Audyt Wewnętrzny, powodujących pogorszenie bezpieczeństwa i koniecznych do usunięcia w celu możliwości użytkowania drogi, nie uzasadnia udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż roboty te bez przeszkód mogłyby zostać zrealizowane z takim samym skutkiem przez innych Wykonawców, niż wskazany przez Zamawiającego Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich.

Zamawiający podnosił również, że udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki Wykonawcy innemu niż Wykonawca zadania głównego, powodowałoby niemożność wystąpienia wobec tego Wykonawcy z roszczeniami z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości z uwagi na trudności w ustaleniu zakresu odpowiedzialności i podmiotu ją ponoszącego. Nie stanowi to jednak wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia wskazanemu Wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Należy wskazać, iż 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 na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia głównego. Powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia głównego, a więc zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego oraz na możliwość wystąpienia trudności w ustaleniu podmiotu odpowiedzialnego i zakresu jego odpowiedzialności, ma swoje źródło w zdarzeniu, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co tym samym nie wypełnia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp [por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., (sygn. KIO/KD 81/11); uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2011 r. (sygn. KIO/KD 71/11)]. Również odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady, zgodnie z treścią art. 558 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), może zostać umownie zmodyfikowana.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP jednocześnie poinformował, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Informacja o wyniku kontroli została doręczona Zamawiającemu z dnia 03.04.2017 r.

Zastrzeżenia zamawiającego

Zamawiający w dniu 06.04.2017 r., a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający podniósł, że w pierwszej kolejności zarzuca Prezesowi UZP błąd w ustaleniach stanu faktycznego. W ocenie Zamawiającego Prezes UZP nie dokonał w zasadzie żadnych ustaleń w zakresie ustalenia stanu faktycznego dotyczącego okoliczność, udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający podkreślił, że działania w tym zakresie zespołu kontrolującego było nierzetelne i nieprofesjonalne. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego (zgodnie z przepisem art. 161 ust. 4 ustawy PZP) poprzedzającego wszczęcie kontroli, pismem z dnia 6 marca 2017 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in, że postępowania, które zostało objęte kontrolą doraźną było konsekwencją realizacji umowy o zamówienie publiczne zawartej z firmą Eurovia Polska S.A., której przedmiotem było Wykonanie II etapu zadania pn. „Poprawa regionalnego systemu transportowego przez budowę w Ciechanowie pętli łączącej dróg, krajowe nr 50 i 60 drogi wojewódzkie nr 617 i 615 oraz siedem dróg powiatowych, budowa rond na skrzyżowaniach z drogami krajowymi” odbywała się w oparciu o zatwierdzoną przez GDDKiA dokumentację projektową. Zamawiający wyjaśnił również, że z uwagi na fakt pojawiających się sygnałów od użytkowników dróg (stanowiących przedmiot pierwotnej umowy) konieczne było zorganizowanie z przedstawicielem GDDKiA spotkania, w celu oceny skali problemu przejezdności na rondach. Podczas spotkania potwierdzone zostało, że rozwiązania projektowe (na etapie tworzenia dokumentacji projektowej), które zostały zastosowane, nie zostały dostosowane do natężenia ruchu pojazdów, oraz że stwarzały realne zagrożenie w

ruchu drogowym. Wobec powyższego, w celu oceny zakresu prac koniecznych do wykonania zalecono przeprowadzenie audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na wszystkich skrzyżowaniach pętli miejskiej z drogami krajowymi. Audyt, o którym mowa w zdaniu poprzednim został przeprowadzony przez zarządcę dróg krajowych Oddział GDDKiA w Warszawie, a jego wynik, wraz z zaleceniami dostarczone Zamawiającemu w dniu 22 czerwca 2015 r., czyli, już po zakończeniu robót związanych z budową rond - tj., po zakończeniu prac przez wykonawcę spółkę Eurovia Polska S A, która wykonała zakres prac, a roboty budowlane zostały odebrane przez Zamawiającego. Podkreślić również należy, że zakres prac objętych zamówieniem udzielonym w trybie z wolnej ręki wynikał z zaleceń ujętych w Wyniku Audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (nr Audytu BRD 2/W/OWA/2015 z dnia 19 czerwca 2015 r.).

Zamawiający podkreśla, że stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności na podstawie dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. W informacji z kontroli zostało wskazane przez Prezesa UZP, że Zamawiający powołał się na przyczyny organizacyjne, tj. ułatwienie w kierowaniu roszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji jakości. W opinii Zamawiającego złożone przez niego wyjaśnienia zostały ocenione w sposób dowolny. Kontrolujący nie przeprowadzili dokładnej analizy przedstawionych przez Zamawiającego argumentów, którymi kierował się on dokonując wyboru trybu udzielenia zamówienia.

Reasumując, w opinii Zamawiającego wyniki kontroli zostały oparte na nierzetelnie zebranych w sprawie materiale dowodowym, w tym bez uwzględnienia wyjaśnień stanu faktycznego przez Zamawiającego. Kontrolujący w szczególności nie wzięli pod uwagę wyjaśnień Zamawiającego w zakresie wyboru trybu udzielenia zamówienia, a tym samym - jak wskazano - nie został ustalony prawidłowy i pełny stan faktyczny.

W dalszej kolejności, Zamawiający pragnie odnieść się do wskazanego naruszenia dotyczącego nie wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówień z wolnej ręki.

Zgodnie z brzemieniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy PZP Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn a) technicznych o obiektywnym charakterze. Przepisy ustawy PZP nie zawierają katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również klarownych wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować, decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie tejże przesłanki. Zamawiający jest świadomy, iż tryb

udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, a jego zastosowanie jest obwarowane określonymi przesłankami, niemniej nie można zapominać o istnieniu tego trybu w ogóle, czy próbowaniu traktowania go jakby miał być wynikiem reliktowych, martwych przepisów. Zamawiający podkreśla, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki służyło w tym konkretnym przypadku wyłącznie przeciwdziałaniu, względnie usuwaniu, skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez Zamawiającego w żaden sposób zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać. Zamawiający posiadał przygotowany przez profesjonalistów (osoby z uprawnieniami) opis przedmiotu zamówienia (dokumentację projektową) i nie mógł zakładać ani nawet przewidzieć, że roboty budowlane wykonane w oparciu o tę dokumentację zostaną negatywnie ocenione przez GDDKiA (co potwierdził zlecony audyt). Z powodu zaistnienia tychże okoliczności Zamawiający stanął przed koniecznością wykonania określonego rodzaju zamówienia (nota bene w terminie natychmiastowy, z uwagi na sygnalizowane niebezpieczeństwo podczas ruchu na drodze). W przedmiotowym stanie faktycznym mamy więc do czynienia z sytuacją, gdzie Zamawiający nie przyczynił się do zaistniałej sytuacji, konieczności wykonania zadania Zamawiający nie był w stanie przewidzieć, gdyż realizacja zamówienia przez wykonawcę zakończyła się odebraniem robót budowlanych, natomiast konieczność wprowadzenia zmian wynikła już po zakończeniu robót i po przeprowadzonym audycie, o czym mowa powyżej.

W opinii Zamawiającego udzielenie zamówienia na zadanie będące przedmiotem kontroli Prezesa UZP (stanowiące wynik audytu BRD) dotychczasowemu wykonawcy inwestycji tj. Eurovia Polska S.A. z punktu widzenia ewentualnych roszczeń inwestora z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości było elementem kluczowym. Zamawiający podkreśla, że - poza elementami wynikającymi z audytu BRD - zostało zlecone wykonanie ekspertyzy technicznej w zakresie prawidłowości wykonanych prac (będących przedmiotem umowy „podstawowej”). Z przedmiotowej ekspertyzy można wywieść, że roboty zostały wykonane wadliwie. Co więcej, podkreślić należy, że zlecona ekspertyza podważa również wyjaśnienia wykonawcy, co jednoznacznie wskazuje na zwiększenie możliwości wystąpienia z roszczeniami wynikającymi z gwarancji i rękojmi. Udzielenie więc w ówczesnym czasie (o ile w ogóle byłoby to formalnie możliwe) zamówienia w zakresie audytu BRD innemu wykonawcy, w istocie niweczyłoby możliwość występowania przez Inwestora z roszczeniami gwarancyjno-rękojmianymi, z uwagi na niemożność w zlokalizowaniu zakresu odpowiedzialności oraz podmiotu odpowiedzialność tą ponoszącego.

Powyższy pogląd poniekąd został potwierdzony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2012 r., KIO 2033/12, która odnosząc się do zastosowania trybu z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy PZP, stwierdziła mimo że monopol danego wykonawcy jest najczęstszą przyczyną uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki, nie można całkowicie wykluczyć przypadków, w których tylko

jeden wykonawca niebędący monopolistą w określonej dziedzinie - ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze - może wykonać konkretne zamówienie. Analiza okoliczności towarzyszących takiemu zamówieniu może w szczególnych przypadkach doprowadzić do wniosku, nienaruszającego zasady ścisłej interpretacji art. 67 ustawy p.z.p., że wystąpiły przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki. O ile u podstaw takiej oceny nie leży subiektywne przekonanie Zamawiającego, lecz ustalenie, że w danym czasie nie istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w stanie zrealizować zamówienia, udzielenie zamówienia z wolnej ręki należy uznać za dopuszczalne.

Mając powyższą treść na uwadze, należy w pierwszej kolejności wskazać, że w wyniku przeprowadzonego audytu przebudowa rond obejmowała budowę pierścieni najazdowych i stref półprzejezdnych na rondach wybudowanych przez firmę Eurovia Polska S.A. i objętych gwarancją. Zlecenie wykonania powyższych robót innemu wykonawcy najprawdopodobniej wymagałoby wyłączenia z gwarancji udzielonej przez dotychczasowego gwaranta (Eurovia Polska S.A.) całego obrębu rond (z uwagi na naruszenie krawężników przy istniejącej nawierzchni asfaltowej), a co z tym związane - również części dotyczącej nawierzchni asfaltowej, za którą odpowiada dotychczasowy wykonawca. Przejęcie gwarancji na całe ronda przez innego wykonawcę jest co najmniej wątpliwe, gdyż nowy gwarant musiałby wziąć na siebie gwarancję za roboty wykonane przez inny podmiot, nie mając pewności że roboty te zostały wykonane prawidłowo i nie będą wymagały napraw w okresie gwarancji. Dodatkowo, jeżeli taki podmiot w ogóle podjąłby się objęcia gwarancją całego ronda w sytuacji, w której wykonuje on „skrawek” pasa drogowego w postaci najazdu (niewielki ułamek wartości budowy całego ronda), to z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością można stwierdzić, że wiązałoby się to z niewspółmiernie wysokimi kosztami (relatywizując do prac wykonanych przez „nowy” podmiot).

Ponadto Zamawiający podkreśla, że wyłączenie firmie Eurovia Polska S.A. z gwarancji obrębu rond praktycznie uniemożliwiłoby mu dochodzenie swoich praw wynikających z gwarancji dotyczących całej infrastruktury podziemnej (kanalizacja deszczowa, ściekowa, sieci energetyczne i wodociągowe) przebiegającej pod rondami. Praktycznie niemożliwe byłoby bowiem udowodnić firmie Eurovia Polska S.A., że ewentualne awarie sieci i instalacji w obrębie rond wynikają z błędów wykonawczych, a nie działań lub zaniechań innego (nowego) wykonawcy, który wykonałby elementy wynikające z audytu BRD. W opinii Zamawiającego istniało realne zagrożenie uszkodzenia infrastruktury podziemnej przy wykonywaniu robót dodatkowych, bowiem naruszana była nowo wybudowana (przez Eurovia Polska S.A.) tkanka nawierzchni, jak również, następowało wzruszenie warstwy podziemnej, w której umiejscowiona jest (nowo wybudowana) infrastruktura. Z drugiej strony nie ma możliwości podzielenia sieci i wyłączenia z gwarancji

dotychczasowemu gwarantowi tylko części instalacji przebiegających w obrębie rond lub fragmentów rond obejmujących audyt BRD. Zamawiający wskazuje również, że nawet w sytuacji gdyby wykonawca Eurovia Polska S.A. uznałaby awarię infrastruktury podziemnej, niejako wynik prac drugiego wykonawcy, ale jako wynik własnych błędów wykonawczych, to pojawiłby się problem z usunięciem usterek (podziemnych), bowiem Eurovia Polska S.A. nie miałaby możliwości dokonywania napraw infrastruktury podziemnej leżącej w przestrzeni podziemnej wykonywanych robót wynikających z zaleceń GDDKiA (audytu BRD), z uwagi na możliwą utratę przez Zamawiającego gwarancji na te prace, udzielonej przez drugiego (nowego) wykonawcę. Wskazać należy, że wykonawca Eurovia Polska S.A. zobowiązana byłaby do dostosowania się do postawionych przez drugiego wykonawcę warunków, w szczególności przejąć wszelką odpowiedzialność gwarancyjną za roboty wykonane przez tego wykonawcę.

Zamawiający podkreślił, że powyżej wskazany stan (na który naprowadzają właśnie wyniki kontroli doraźnej) doprowadziłby do absurdalnej sytuacji w której wykonawca pierwotny - Eurovia Polska S.A., będąc „pierwotnym” gwarantem całości inwestycji, i za którą to gwarancję wynagrodzenie zostało zapłacone przez Zamawiającego w ramach realizowanego zamówienia podstawowego, z uwagi na wyniki audytu BRD, utraciłby status gwaranta na części wykonanych prac (przy czym Zamawiający byłby zmuszony kolejny raz zapłacić kolejnemu wykonawcy - w cenie za prace naprawcze zgodnie z audytem BRD - wynagrodzenie za przejęcie szerszej odpowiedzialności gwarancyjnej (jak wskazano wcześniej - np. na obszar całych rond), ostatecznie i tak (przy założeniu, że osiągnąłby porozumienie w tej sprawie z wykonawcą audytu BRD) byłby gwarantem, z uwagi na konieczność (co potwierdza obecny stan faktyczny - roszczenia z tytułu rękojmi) wykonania prac naprawczych. Z takim podejściem, w tym nie tylko „rozrzutnością” publicznego pieniądza, brakiem logiki, ale przede wszystkim -karkołomnością - a w ocenie Zamawiającego, wręcz niemożliwością- realizacji, Zamawiający nie tylko się nie utożsamia, ale nie może się zgodzić uważając, że realne zastosowanie sugerowanego w wynikach kontroli sposobu postępowania, w rzeczywistości nie jest w ogóle możliwe. Czysto hipotetyczne twierdzenia, które w trakcie realizacji inwestycji (o wartości stu milionów złotych), nie mogą znaleźć zastosowania, zdają się być w ocenie Zamawiającego - na co wskazano na wstępie - wynikiem „sztampowego” podejścia do zagadnienia oraz nierzetelnego zbadania stanu faktycznego oraz szczególnych okoliczności.

Wskazać należy, że jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 lipca 2015 r., KIO/KD 36/15 w pewnych wypadkach zawarcie przez instytucję zamawiającą wcześniejszych umów determinuje wybór trybu zamówienia z wolnej ręki. I należy tu podkreślić, że Zamawiający w żaden sposób nie przyczynił się (np. poprzez niewłaściwe zabezpieczenie stosownymi postanowieniami umownymi) do powstania owej

sytuacji. Konieczność dokonania zmian nie wynikała ani z błędów w dokumentacji postępowania, ani z niewłaściwych postanowień umownych, a była konsekwencją zaleceń GDDKiA, która to na końcowym etapie realizacji inwestycji, uaktywniła swój udział, wyrażając zdanie będące przyczyną do wprowadzenia zmian (czego wynikiem był audyt BRD zlecony właśnie przez GDDKiA).

Zamawiający podejmując decyzję o trybie udzielenia zamówienia nie kierował się wyłącznie obiektywnymi przesłankami technicznymi, ale również zgłębił możliwości prawne w przedmiotowej sprawie uznając, że w istocie nie ma możliwości zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia. W tym kontekście Zamawiający posiłkował się orzecznictwem KIO (uchwały), tudzież GKO. Przykładowo można przedstawić, że Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 6 września 2010 r., BDF1/4900/56/63/10/I534 wskazała, że z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. ap.z.p. mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca ma monopol na dany typ usługi lub gdy powstanie konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów, bądź w przypadku zaistnienia niepowtarzalnych cech uprzednio wykonanych prac na podstawie wcześniejszego zamówienia. Przyczynami technicznymi są zatem takie obiektywne okoliczności, które wynikają z właściwości danego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreśla, że w przypadku, gdy na wykonawcę nowego zamówienia zostanie wybrany ten sam podmiot, któremu udzielono wcześniejszego zamówienia (podstawowego), to bez istotnego znaczenia pozostaje kwestia, czy zostanie zawarta nowa umowa, czy też aneksowana zostanie umowa dotychczasowa. Potwierdza to stanowisko Prezesa UZP wyrażone w piśmie z dnia 3 lipca 2007 r. (nr UZP/DP/O-JSA/16130/07). Jest to uzasadnione tym, że w myśl przepisów Kodeksu cywilnego (w szczególności art. 353!), do którego odsyła przepis art. 139 ust. 1 ustawy PZP, strony umowy dysponują swobodą w zakresie formy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (aneks lub umowa), pod warunkiem, że będzie zachowana forma pisemna przewidziana przez art. 139 ust. 2 ustawy PZP.

Biorąc pod uwagę powyższe, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, Zamawiający mógł być podpisać zarówno pisemną (nową) umowę lub pisemny aneks do umowy (podstawowej), przy czym - jak wskazano powyżej - bez znaczenia jest sposób w jaki umowa (podstawowa) została zmieniona. Dziś Zamawiającemu czyni się zarzut de facto z tytułu zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której z uwagi na ówczasnie obowiązujące przepisy prawa Wspólnoty Europejskiej oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, mogły być zostać wprowadzone również dobrze za pomocą aneksu do umowy (podstawowej).

W kwestii dopuszczalnej i możliwej konstrukcji aneksu szczegółowo wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) w opinii pt. Zamówienia dodatkowe i

zamówienia uzupełniające w przepisach przejściowych (źródło www.uzp.gov.pl). Należy zauważyć, co przyznał też UZP w ww. opinii, że aneks do umowy może mieć charakter kompleksowy. Wtedy winien określać nazwę zamówienia, a także opisywać przedmiot takiego zamówienia, w przypadku robót budowlanych koniecznym załącznikiem do aneksu może okazać się np. dokumentacja projektowa. Zmiana umowy może rozszerzać świadczenie pierwotne. Zmiana umowy może nie mieć mocy wstecznej, w takim rozumieniu, że ani nie zmniejszy zakresu świadczenia podstawowego, ani go nie zmieni wprowadzając w jego miejsce świadczenie zastępcze. Aneks wprowadzający zamówienie może nie zawierać informacji o zmianie wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie podstawowej. Niezależnie czy aneks będzie zawierany po wykonaniu umowy podstawowej, czy w trakcie jej wykonywania -wynagrodzenie może być wskazane autonomicznie dla samego zamówienia, wprowadzonego aneksem. Aneks może nie wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej. Niezależnie od momentu zawarcia aneksu (w trakcie obowiązywania umowy podstawowej, czy po jej wykonaniu), termin realizacji wskazany w aneksie uwzględniać może czas niezbędny do wykonania zamówienia objętego aneksem. Zmiana umowy może nie modyfikować obowiązków i uprawnień stron umowy podstawowej, choć jeśli okaże się to niezbędne aneks może powtórzyć wszystkie, bądź niektóre obowiązki i uprawnienia stron określone dla umowy podstawowej lub wprowadzić nowe -jeśli okaże się to niezbędne do należytego zrealizowania zamówienia objętego aneksem. W treści aneksu może zająć konieczność odniesienia się do postanowień umownych dotyczących kar umownych, gwarancji jakości lub rękojmi za wady fizyczne lub prawne lub określenia na nowo kar, gwarancji oraz rękojmi dotyczących tylko zamówienia objętego aneksem. Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że aneks do umowy może być swoją konstrukcją zbliżony do umowy a wręcz z nią tożsamy.

Zdaniem Zamawiającego biorąc pod uwagę powyższy wywód, wzorowany na opinii UZP, nie ma znaczenia nazwa dokumentu który podpisują strony. Może się on nazywać zarówno „aneks”, jak również „umowa”. Zarówno aneks jak i umowa w prawie cywilnym to zgodne porozumienie dwóch stron ustalające wzajemne prawa lub obowiązki. Kodeksowe zasady wykładni oświadczenia woli nakazują w umowach badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (czy też na samej nazwie podpisanego dokumentu). W związku z powyższym, „umowę którą UZP rozpatrywał w kategoriach umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki winno się -- nie uchybiając powyżej wskazanym okolicznościom faktycznym - również rozpatrzyć w kategoriach formalnych tj. zawarcia umowy stanowiącej zmianę umowy pierwotnej (podstawowej). Należy zauważyć, że od strony technicznej być może dla porządku zmiana umowy winna zawierać w swej treści słowo aneks jednak aneks to też umowa i jako taki może (a w okolicznościach rozpatrywanej sprawy -powinien) zostać oceniony w kategoriach przepisu

art. 144 ustawy PZP, określającego przesłanki, które dopuszczają możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z nim, w brzmieniu wówczas obowiązującym, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W świetle powyżej wskazanego przepisu zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki zmiany i po drugie, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści (pierwotnej) oferty.

Zamawiający podkreślił, że nieistotność zmiany, o której mowa w art. 144 ust. 1 ustawy PZP, należy ocenić przez pryzmat treści oferty będącej oświadczeniem woli zawarcia umowy, określającym istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 KC). Powyższe oznacza to konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeśli wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, że zobowiązanie oferenta będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, że takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy PZP. Omawianą kwestię należy również rozważyć w kontekście wyroków ETS w szczególności wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/08 (pressetext Nachrichtenagentur GmbH), w którym Trybunał zawarł szereg tez w kwestii istotności oraz nieistotności zmiany umowy. I tak, w punkcie 34 stwierdził, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego mogą w istocie stanowić udzielenie nowego zamówienia -w przypadku gdy „charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia”. Taka zmiana - istotna - jest co do zasady niedozwolona, bez przeprowadzenia procedury udzielenia nowego zamówienia. W dalszych punktach wyroku Trybunał wskazał na przykłady, w których zmiana ma charakter istotny: -jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (35), -jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane (36), - gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia (37). W innym wyroku ETS, z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 (Wall AG) podobnie uznano, że zmianą istotną jest zmiana wskazująca na wolę stron by renegocjować istotne postanowienia

umowy (43) oraz jeśli zmienia ona warunki realizacji umowy na tyle, że analogiczna zmiana w trakcie postępowania mogłaby zmienić krąg wykonawców czy wynik postępowania (38).

Jak wskazał Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach także Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt II GSK 12/13 porównywalnie uznał, że w istocie zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni (por. wyrok TS w sprawie C - 454/06). Zamawiający podkreśla, że analogicznie uznawał w opiniach UZP zamieszczonych a stronie internetowej (www.uzp.gov.pl).

Zamawiający wskazał również, że wartość umowy/aneksu na roboty budowlane związane z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtuska i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref pól przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka, kwotę 332.618,49 PLN stanowiła niespełna 0,34% umowy pierwotnej (wartość umowy głównej: 98.819.363,30 PLN (brutto); umowa z 4 listopada 2011 roku, nr ZP.342-28/11). W związku z tym nie zmieniła ona ogólnego charakteru umowy, w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu. Zmiana wprowadziła warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to z uwagi na minimalną wartość robót w stosunku do robót w postępowaniu głównym, nie wzięliby udział inni wykonawcy ani też nie przyjęto by oferty innej treści (Zamawiający oświadcza, że gdyby nawet zwiększyć wartość oferty Eurovia Polska Sp. z o.o. o rzeczony 332.618,49 PLN, to w przetargu nieograniczonym, w którym wyłoniono tego wykonawcę, oferta wciąż byłaby najkorzystniejsza). Zmiana nie naruszyła też równowagi ekonomicznej umowy. Zmiana minimalnie (o mniej niż 0,5%) rozszerza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy pierwotnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, w kontekście przytoczonych tez sądownictwa, zdaniem Zamawiającego, należy uznać, że zmiana umowy polegająca na wykonaniu robót budowlanych związanych z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtuska i SK 2 ul. Płońska oraz robót budowlanych związanych z wykonaniem stref pól przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka, może zostać uznana za nieistotną, a więc dopuszczalną i przez to zgodną z prawem. Dokonanie tejże zmiany mogło zostać wprowadzone zarówno poprzez udzielenie kolejnego zamówienia w trybie z wolnej ręki, bądź to za pomocą aneksu do umowy.

Czynienie więc Zamawiającemu zarzutu w tych okolicznościach, wydaje się więc skrajnym formalizmem.

Jak wskazał Zamawiający w świetle powyżej wskazanych wyjaśnień, złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia do informacji z kontroli doraźnej zasługują - w ocenie zainteresowanego - na uwzględnienie, o co Zamawiający niniejszym wnosi.

Odpowiedź na zastrzeżenia

Prezes UZP wskazał, że w odpowiedzi na pismo z dnia 6 kwietnia 2017 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 30 marca 2017 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/8(3)/17/SO), w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane związane z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtуска i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref pół przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka, iż Zamawiający - Gmina Miejska Ciechanów - nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”). Tym samym w całości nie uwzględnia zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający - Gmina Miejska Ciechanów - nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia obejmującego roboty budowlane związane z zaleceniami GDDKiA po przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na skrzyżowaniach SK 1 ul. Pułtуска i SK 2 ul. Płońska oraz roboty budowlane związane z wykonaniem stref pół przejezdnych na skrzyżowaniu SK 4 ul. Płocka.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (w brzmieniu na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania) 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.

Na wstępie Prezes UZP wskazał, iż 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 wywoził 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).

Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu. (vide: Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisjo przeciwko Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. 1-08121 oraz orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Greckiej (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

Jak wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C - 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny Wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany Wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni Wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

Przepis art. 67 ust, 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni Wykonawcy zdolni zrealizować

zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli, Przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez Wykonawców innych, niż Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, ani w ogłoszeniu, ani w przesłanych wyjaśnieniach żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło być zrealizowane jedynie przez wskazanego przez niego Wykonawcę.

Zamawiający w stanie faktycznym sprawy powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak ułatwienie w kierowaniu roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji jakości) oraz gospodarcze (takie jak nieracjonalne rozporządzanie środkami publicznymi na skutek konieczności udzielenia zamówienia podmiotowi trzeciemu), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Powyższe potwierdziła także KIO w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10) - od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze (...). Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto Prezes UZP podkreślił, że gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Również odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady, zgodnie z treścią art 558 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), może zostać umownie zmodyfikowana. Powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia głównego, a więc zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego oraz na możliwość wystąpienia trudności w ustaleniu podmiotu odpowiedzialnego i zakresu jego odpowiedzialności, ma swoje źródło w zdarzeniu, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co tym samym nie wypełnia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Powyższe stanowisko zostało wielokrotnie potwierdzone przez KIO, m.in.

uchwała z dnia 3 listopada 2011 r. (sygn.: KIO/KD 81/11), uchwała z dnia 2 stycznia 2017 r. (sygn.: KIO/KD 77/16), uchwała z dnia 5 stycznia 2017 r. (sygn.: KIO/KD 79/16).

W ocenie Prezesa UZP o zasadności powyższych argumentów nie świadczy także przytoczony przez Zamawiającego wyrok KIO z dnia 9 października 2012 r. (sygn.: KIO 2033/12). Przedmiot zamówienia, na gruncie którego wydano wskazane orzeczenie, stanowiła opieka serwisowa nad zintegrowanym system informatycznym, w skład którego wchodziły dwa systemy: do jednego z nich Zamawiający nie posiadał autorskich praw majątkowych, drugi natomiast został w istotny sposób zmodyfikowany ze względu na szczególne potrzeby Zamawiającego. W przytoczonej sprawie KIO stwierdziła, że ze względu na ścisłą integrację systemów nie było możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia bez ingerencji w kody źródłowe systemu, do którego Zamawiający nie posiadał autorskich praw majątkowych, w związku z czym na rynku funkcjonował tylko jeden Wykonawca zdolny do realizacji zamówienia, co - jak już wyżej wskazano - nie ma miejsca w kontrolowanym postępowaniu. Ponadto w przytoczonym wyroku KIO wprost wskazała na konieczność wystąpienia specyficznych okoliczności technicznych o obiektywnym charakterze. Zamawiający natomiast okoliczności takich nie przedstawił - wskazywane przez niego gwarancja jakości oraz rękojmia za wady nie mogą być za powyższe uznane, bowiem nie odnoszą się do właściwości technicznych oraz nie mają charakteru obiektywnego (wynikają z działań Zamawiającego).

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 16 lipca 2013 r. (sygn.: KIO 1560/13), przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny i powinny być poparte rzeczywistym monopolem danego Wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego Wykonawcę. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego okoliczności związane z wynikami Audytu BRD wraz z zaleceniami, wadliwym wykonaniem robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia głównego przez Wykonawcę Eurovia Polska S.A. oraz hipotetyczną możliwością uszkodzenia infrastruktury podziemnej przy realizacji niniejszego zamówienia nie determinują udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki, w przedstawionym przez Zamawiającego zakresie, mogło zostać zrealizowane przez innych funkcjonujących na rynku przedsiębiorców. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn.: III RN 16/01) - zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp przesłanka prawna Jednego wykonawcy", warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista świadczący tego rodzaju szczególne usługi; przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej

wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi; w tym ostatnim wypadku, decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu. Także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 8/09) wskazała, że przytoczony przepis nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. W świetle powyższego orzecznictwa, wskazywanie przez Zamawiającego Wykonawcy Eurovia Polska S.A. jako jedyne podmiotu mogącego zrealizować przedmiotowe zamówienie jest nieuzasadnione.

Jak wskazał Prezes UZP ciężar udowodnienia, iż zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (vide: Wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec), Zamawiający jest więc zobowiązany do wykazania zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzez stosowne wyjaśnienia oraz dokumenty. Powyższe stanowi podstawę ustalenia stanu faktycznego sprawy. W opinii Prezesa Urzędu stan faktyczny niniejszej sprawy został ustalony w sposób należyty i rzetelny - okoliczności opisane w zastrzeżeniach Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2017 r. zostały uwzględnione w informacji o wyniku kontroli z dnia 30 marca 2017 r., z tą różnicą, że w zastrzeżeniach Zamawiający wskazuje, iż wyniki Audytu BRD przeprowadzonego przez Oddział GDDKiA w Warszawie zostały mu dostarczone po odbiorze robót budowlanych (zamówienie główne), natomiast w informacji o wyniku kontroli ustalono, iż wyniki z zaleceniami dostarczono przed ostatecznym odbiorem prac wynikających z umowy o zamówienie główne. Różnica ta wynika jednak z wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego, bowiem w wyjaśnieniach z dnia 6 marca 2017 r. (pkt 2, str. 2) Zamawiający wskazał: audyt przeprowadzony został przez zarządcę dróg krajowych Oddział GDDKiA w Warszawie, a jego wyniki wraz z zaleceniami dostarczone Zamawiającemu w dniu 22.06.2015 r., tj. przed ostatecznym odbiorem prac wynikających z umowy (głównej). Niezrozumiałą jest zatem zarzut Zamawiającego dotyczący błędów w ustaleniu stanu faktycznego sprawy, tym bardziej, że Zamawiający w zastrzeżeniach sam podaje informacje, które przeczą jego wyjaśnieniom zawartym we wcześniejszym piśmie.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, jakoby przepisy ustawy Pzp nie zawierały katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uzasadniających możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki oraz braku jasnych wytycznych, jakimi Zamawiający powinni kierować się przy jego stosowaniu, Prezes UZP wskazał, że istnieje szereg orzeczeń, zarówno krajowych jak i unijnych organów, dotyczących interpretacji wskazanego przepisu, np.: uchwała KIO z dnia

11 marca 2014 r. (sygn.: KIO/KD 16/14), wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r. (sygn.: KIO 1560/13), uchwała KIO z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 8/09), uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r. (sygn.: KIO/KD 37/12), uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r. (sygn.: KIO/KD 27/10), wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2003 r. (sygn.: C-20/01). Nie zasługuje również na uwzględnienie argument Zamawiającego, zgodnie z którym - w jego opinii - nie przyczynił się on do powstania zaistniałej sytuacji, ponieważ konieczność przeprowadzenia remontów rond nie wynikała z błędów dokumentacji postępowania ani z niewłaściwych postanowień umownych, a była konsekwencją zaleceń GDDKiA wyrażonych w Audycie BRD. Należy wskazać, że nieprzewidywalność i brak winy Zamawiającego w zaistnieniu opisywanej sytuacji nie stanowią przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Nie mają zatem wpływu na ocenę zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie wskazanego przepisu.

Zamawiający w zastrzeżeniach (str. 1) wskazał również, że w przypadku zamówienia głównego rozwiązania projektowe (na etapie tworzenia dokumentacji projektowej), które zostały zastosowane, nie zostały dostosowane do natężenia ruchu pojazdów oraz stwarzały realne zagrożenie w ruchu drogowym. W związku z powyższym należy zauważyć, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji sporządzonej dokumentacji projektowej, co potwierdza uchwała KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. (sygn.: KIO/KD 77/16), w której stwierdzono: to zamawiający w pełni odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, toteż bez znaczenia dla oceny zasadności późniejszego zastosowania zamówienia z wolnej ręki pozostają błędy i przyjęte przez projektanta rozwiązania, o ile z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa oraz technologii wykonywania robót nie może ich zakwalifikować, jako obiektywnych.

Udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie uzasadnia uchwała KIO z dnia 14 lipca 2015 r. (sygn.: KIO/KD 36/15), zgodnie z którą w pewnych wypadkach zawarcie przez instytucję zamawiającą wcześniejszych umów determinuje wybór trybu zamówienia z wolnej ręki. Niemniej jednak są to sytuacje wyjątkowe i muszą być należycie udokumentowane, a sekwencja zdarzeń musi być opisana w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Prezes Urzędu wskazał, że nie kwestionuje wyrażonego w powyższej uchwale stanowiska KIO, a jedynie stwierdza, że sytuacja taka nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z nadesłanych przez Zamawiającego dokumentów oraz wyjaśnień, umowa o wykonanie zadania głównego, zawarta z Wykonawcą Eurovia Polska SA, nie determinowała wystąpienia żadnych okoliczności technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby udzielenie zamówienia, będącego przedmiotem kontroli, w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje twierdzenia Zamawiający wskazał również na brak możliwości zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia niż zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Na poparcie powyższego argumentu przytoczył orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 6 września 2010 r. (sygn.: BDF1/4900/56/63/10/1534), zgodnie z którym z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca ma monopol na dany typ usługi lub gdy powstanie konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów, bądź w przypadku zaistnienia niepowtarzalnych cech uprzednio wykonanych prac na podstawie wcześniejszego zamówienia. Przyczynami technicznymi są zatem takie obiektywne okoliczności, które wynikają z właściwości danego przedmiotu zamówienia. Przytoczony powyżej argument Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, w zaistniałej sytuacji nie występował monopol Wykonawcy Eurovia Polska S.A. Po drugie, normy, parametry lub standardy, o których mowa w orzeczeniu, mogły zostać zachowane także w przypadku zlecenia realizacji zamówienia innemu Wykonawcy. Po trzecie, Zamawiający nie przedstawił żadnych niepowtarzalnych cech prac, uprzednio wykonanych na podstawie wcześniejszego zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, jakoby umowę, którą UZP rozpatrywał w kategoriach umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki winno się (...) również rozpatrzyć w kategoriach formalnych, tj. zawarcia umowy stanowiącej zmianę umowy pierwotnej (podstawowej) należy wskazać, że jest on bez znaczenia w sytuacji wszczęcia przez Zamawiającego w niniejszej sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. W kontekście ww. twierdzeń Zamawiającego należy wskazać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11): zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy - stosownie do wymagania zawartego w art. 67 ust 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli. Należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych, wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w informacji o wynikach kontroli.

Następnie Prezes UZP podniósł, że wskazywanie przez Zamawiającego stosunkowo niewielkiej - względem wartości umowy głównej - wartości umowy zawartej w postępowaniu w trybie z wolnej ręki, jako uzasadnienia zastosowania ww. trybu na podstawie art. 67 ust, 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, również nie zasługuje na uwzględnienie. Wartość zamówienia, stanowiącego przedmiot kontroli, została ustalona przez Zamawiającego na kwotę

280.408,76 zł, co zobowiązuje go do stosowania przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający byłby uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w przypadku wykazania zaistnienia przesłanek, wyrażonych w przytoczonym przepisie, czego w opinii Prezesa Urzędu nie uczynił.

Reasumując Prezes UZP 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 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Na zakończenie odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP zawarł informację, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje 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 postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP i zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumenty uznając je za własne. Stanowisko Prezesa UZP znajduje w pełni oparcie w przepisach, jak również w przywołanym orzecznictwie oraz zawiera pełne i kompleksowe, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ustalenie stanu faktycznego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przesłanka zastosowana przez Zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki referuje do przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i wynikającej stąd możliwości realizacji przedmiotu zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. W ocenie Izby Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu nie wskazał żadnych przyczyn o takim charakterze. Otóż nie ujęto w uzasadnieniu żadnych przyczyn technicznych (a więc przyczyn odnoszących się wprost do przedmiotu zamówienia, wynikających stąd jego technicznych walorów i w następstwie

ograniczeń w kontynuacji robót na tym przedmiocie przez inny podmiot), zaś następnie nie wykazano, że te, które legły u podstaw do zastosowania tego trybu, w sposób obiektywny ograniczają krąg potencjalnych wykonawców do jednego, któremu można powierzyć realizację przedmiotu zamówienia. Wskazać wręcz można, że okoliczności faktyczne (stanowiące hipotetyczne problemy w dochodzeniu przyszłych roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji), które legły u podstaw działań Zamawiającego w żaden sposób nie mogą wpisać się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, gdyż mają one charakter prawny i to w pełni zależny od samego Zamawiającego.

Jak słusznie wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiający w stanie faktycznym sprawy powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak ułatwienie w kierowaniu roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji jakości) oraz gospodarcze (takie jak nieracjonalne rozporządzanie środkami publicznymi na skutek konieczności udzielenia zamówienia podmiotowi trzeciemu), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach wskazał ponadto, że *Zamawiający podejmując decyzję o trybie udzielenia zamówienia nie kierował się wyłącznie obiektywnymi przesłankami technicznymi, ale również zgłębił możliwości prawne w przedmiotowej sprawie uznając, że w istocie nie ma możliwości zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia. Wskazał również, że w tym kontekście (...) posiłkował się orzecznictwem KIO (uchwały), tudzież GKO. Przykładowo można przedstawić, że Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 6 września 2010 r., BDF1/4900/56/63/10/1534 wskazała, że z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. ap.z.p. mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca ma monopol na dany typ usługi lub gdy powstanie konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów, bądź w przypadku zaistnienia niepowtarzalnych cech uprzednio wykonanych prac na podstawie wcześniejszego zamówienia. Przyczynami technicznymi są zatem takie obiektywne okoliczności, które wynikają z właściwości danego przedmiotu zamówienia.*

Przywołanie przez Zamawiającego powyższego orzeczenia, w ocenie Izby, należy uznać co najmniej za nieadekwatne do ustalonego stanu faktycznego, gdyż pierwotne roboty budowlane zostały na pierwszym etapie wykonane wadliwie. Na powyższą okoliczność wskazał bowiem sam Zamawiający informując, że *z uwagi na problemy w użytkowaniu dróg, zgłoszone Wykonawcy zadania głównego w ramach gwarancji jakości i rękojmi za wady, powstanie spór pomiędzy tymi podmiotami. W związku z powyższym Zamawiający poinformował, że zlecił Instytutowi Badawczemu Dróg i Mostów w Warszawie wykonanie ekspertyzy technicznej, która podważyła prawidłowość wykonania prac oraz dotychczasowe wyjaśnienia Wykonawcy, co – zdaniem Zamawiającego – zwiększa prawdopodobieństwo*

zasadności wystąpienia z roszczeniami z tytułu rękojmi i gwarancji wobec Wykonawcy. Trudno zatem w tych okolicznościach faktycznych przyjąć argumentację Zamawiającego, gdyż naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy powinno być powierzenie realizacji tych prac innemu wykonawcy, z wyłączeniem wykonawcy zadania głównego, choćby mając na uwadze treść art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Nawet gdyby hipotetyczne problemy w dochodzeniu tych roszczeń uznać za przyczyny techniczne, czemu Izba w składzie rozpoznającym niniejsze zastrzeżenia stanowczo zaprzecza, nie sposób uznać, że konsekwencją takiego stanu rzeczy jest okoliczność, że w danym czasie nie istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w stanie zrealizować zamówienie.

Co do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do realizacji roszczeń gwarancyjnych wskazać należy, iż zakres robót będący przedmiotem kontrolowanego postępowania (udzielonego w trybie z wolnej ręki) został ściśle określony i jego wyodrębnienie od zakresu realizowanego na wcześniejszym etapie nie nastręcza żadnych trudności. Tym samym brak trudności w wyodrębnieniu zakresów robót realizowanych na poszczególnych etapach przekładał się w możliwości precyzyjnego określenia podmiotu odpowiedzialnego z tytułu rękojmi lub gwarancji. Ułożenie nowej nawierzchni, malowanie oznakowania poziomego, jak również demontaż i instalacja nowego oznakowania pionowego otwierały nowy okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji dla tych elementów robót i mogły być niezależnie egzekwowane dla zakresu robót zrealizowanego we wcześniejszym okresie.

Argumenty Zamawiającego odnoszące się do ewentualnych przyszłych trudności w egzekwowaniu roszczeń z tytułu rękojmi lub gwarancji nie mogły zatem stanowić uzasadnienia dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Po pierwsze przesłanki związane z tym trybem odnoszą się do zdarzeń przeszłych i pewnych (istniejących w chwili podejmowania decyzji o zastosowaniu tego trybu – a więc istniejących na etapie wszczęcia postępowania) związanych z właściwościami podmiotowymi wykonawcy skorelowanymi z elementami tkwiącymi w przedmiocie zamówienia. Ich istnienie w chwili wszczęcia może stanowić powód zastosowania tego trybu - nie może zaś stanowić podstaw do tworzenia hipotetycznych relacji pomiędzy podmiotem zamawiającymi a innym wykonawcą z zupełnie innego tytułu prawnego (vide: wskazana przez Zamawiającego możliwa trudność w egzekwowaniu roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji mająca swoje źródło w innej umowie obejmującej realizację robót budowlanych w przeszłości i oparta na podejrzeniach Zamawiającego, że stanowisko wykonawcy realizującego ten etap może świadczyć, że takie trudności w przyszłości wystąpią, gdyż zrealizował on wadliwie główny etap robót).

Dochodzenie i egzekwowanie roszczeń kontraktowych (w tym z tytułu rękojmi i gwarancji) stanowi normalną i powszechnie występującą praktykę obrotu gospodarczego,

zaś nakładanie się robót budowlanych jest przy tego rodzaju obiektach zjawiskiem powszechnym.

Praktyka wszakże pokazuje, że roboty obejmującej obiekty liniowe (sieci kanalizacyjne, wodociągowe, energetyczne, jak również drogi i autostrady) są zazwyczaj realizowane przez szereg różnych podmiotów odpowiedzialnych jedynie za określone branże i w tym zakresie mamy do czynienia z koniecznością szczegółowego sformułowania postanowień umownych odnoszących się do rękojmi i gwarancji.

W tym konkretnym stanie faktycznym to Zamawiający był twórcą projektu umowy i mógł w ramach drugiego kontraktu (dotyczącego modernizacji skrzyżowań po wykonanym audycie) tak ukształtować odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji dla podmiotu realizującego ten etap aby wyeliminować lub znacznie zredukować ewentualne przyszłe problemy w egzekwowaniu tych uprawnień.

Już tylko ten element wskazuje, że mamy do czynienia z sytuacją na którą wpływ posiada Zamawiający i może przedsięwziąć takie środki zaradcze aby wyeliminować niemal w całości potencjalne ryzyko.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli w zakresie prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w całym zakresie, co w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....