

Sygn. akt: KIO/KD 4/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 lutego 2020 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

42 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie
ul. Saperska 2
59-726 Świątoszów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 30 grudnia 2019 r. w przedmiocie zamówienia publicznego na konserwację, usprawnienia i naprawy systemów sygnalizacji włamania i napadu, systemów kontroli dostępu, systemów telewizji przemysłowej w obiektach wojskowych zgodnie z Normą Obronną NO-04-A0048:2016 w Żaganiu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Sikorska
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia z dnia 9 stycznia 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia na konserwacje, usprawnienia i naprawy systemów sygnalizacji włamania i napadu, systemów kontroli dostępu, systemów telewizji przemysłowej w obiektach wojskowych zgodnie z Normą Obronną NO-04-A0048:2016 w Żaganiu. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, tj. 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie pismem z dnia 30 grudnia 2019 roku, przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843) – dalej: ustawa P.z.p – poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Prezes Urzędu wskazał, że z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego — 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie wynika, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na konserwacje, usprawnienia i naprawy systemów sygnalizacji włamania i napadu, systemów kontroli dostępu, systemów telewizji przemysłowej w obiektach wojskowych zgodnie z Normą Obronną NO-04-A0048:2016 w Żaganiu, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki wskazał, że faktycznym uzasadnieniem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest fakt, iż Zamawiający — 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie uruchomił postępowanie w związku z koniecznością obsługi systemów sygnalizacji włamania i napadu, systemów kontroli dostępu, systemów telewizji przemysłowej w obiektach wojskowych zgodnie z Normą Obronną NO-04-A004-8:2016. Zamawiający wyjaśnił, iż dniu 25 marca 2016 r. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze, dalej: „RZI w Zielonej Górze”, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego zawarł umowę z firmą Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „Telbud” S.A. z siedzibą w Poznaniu, dalej: „Telbud SA”, na budowę i integrację istniejących systemów alarmowych na terenie kompleksu koszarowego

w Żaganiu, dalej: „umowa podstawowa”. Termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy został ustalony na dzień 25 listopada 2016 r. W ramach tej umowy powierzono ww. wykonawcy również świadczenie usługi konserwacji i naprawy. Konserwację i naprawę pozostałej części istniejącej infrastruktury przekazano do realizacji zamawiającemu tj. 43 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Świątoszowie. Zamawiający wskazał, iż wykonawca firma Apexim Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze była wskazana jako podwykonawca firmy Telbud S.A. oraz jest podwykonawcą umowy zawartej przez RZI w Zielonej Górze na konserwację systemów alarmowych. Zamawiający pierwotnie skierował zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do wykonawcy umowy podstawowej tj. firmy Telbud S.A., który jednak poprzez niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy uchylił się od podpisania umowy i nie przystąpił do realizacji usługi. Następnie zamawiający w dniu 25 maja 2017 r. skierował zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki do podwykonawcy realizującego przedmiot zamówienia umowy podstawowej, tj. Apexim Bis Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że nie przeprowadził weryfikacji rynku podmiotów mogących wykonać przedmiotowe zamówienie w procedurze przetargowej z uwagi na fakt, że w jednostce wojskowej, na rzecz której miała być wykonana usługa, wyłoniono wykonawcę na montaż nowych systemów alarmowych. Stroną zlecającą zadanie był RZI w Zielonej Górze. Pozostała część systemów — objęta trybem zamówienia z wolnej ręki — stanowi nieodłączną część całego systemu, opartej na kodach dostępów, ze względów technicznych musi być wykonana przez tych samych wykonawców.

Umowa na wykonanie przedmiotowego zamówienia została zawarta z wykonawcą Apexim Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w dniu 30 maja 2017 r. (nr 16/11/2017). Zamawiający w dniu 29 czerwca 2017 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2017/S 124-252633.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy P.z.p. poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu jest

uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. 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 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 (wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

W ocenie Prezesa 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 P.z.p. na konserwację, usprawnienia i naprawy systemów sygnalizacji włamania i napadu, systemów kontroli dostępu, systemów telewizji przemysłowej w obiektach wojskowych zgodnie z Normą Obronną NO-04-A004-8:2016 w Żaganiu.

Prezes Urzędu stwierdził, zamawiający, stosując tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, powinien wykazać, że tylko i wyłącznie jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane zamówienie. Tym samym decyzja o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż zamawiający w celu realizacji zamówienia objętego niniejszą kontrolą w pierwszej kolejności skierował zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do Telbud S.A. — wykonawcy zamówienia „podstawowego” dotyczącego budowy nowych i integracji istniejących systemów alarmowych na terenie kompleksu koszarowego w Żaganiu. Z uwagi jednak, iż wybrany wykonawca nie przystąpił do realizacji usługi zamawiający wystosował zaproszenie do negocjacji do jego podwykonawcy,

tj. firmy Apexim Bis Sp. z o.o. Kontrolujący stwierdził, iż w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na rynku istniały co najmniej dwa podmioty, mogące potencjalnie wykonać przedmiot zamówienia, a mianowicie Telbud S.A., do którego zamawiający skierował pierwsze zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz Apexim Bis Sp. z o. o., z którym to zamawiający ostatecznie zawarł umowę na świadczenie przedmiotowych usług. W konsekwencji nie można stwierdzić istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Innymi słowy, brak jest na rynku podmiotu, który posiada monopol na świadczenie tego rodzaju usług. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2014 r., o sygn. KIO/KD 103/14 powołanie się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał, że za uzasadnioną podstawę zastosowania trybu z wolnej ręki w kontekście art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., nie sposób także uznać okoliczności uchylania się od podpisania umowy pierwszego wykonawcy poprzez niewnoszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co skutkowało brakiem możliwości jej zawarcia. Przedmiotowych przyczyn technicznych nie można bowiem utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi czy też społecznymi (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. KIO/KD 1 8/18). Podkreślić przy tym należy, że istnienie ewentualnych trudności w powierzeniu wykonania zamówienia innym wykonawcom nie jest wystarczające do uznania, że spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. KIO/KD 69/14). Również sama deklaracja, że dany podmiot nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie stanowi o obiektywnej technicznie przyczynie wymaganej przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 32/15).

Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której zamawiający, mimo istnienia konkurencji na rynku, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy na rynku. Działanie takie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiącymi fundament systemu zamówień publicznych. W konsekwencji, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu, opisując przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim potrzebom, jak również formułując odpowiednie kryteria oceny ofert, zamawiający jest w stanie wyłonić wykonawcę, który wykona zamówienie w sposób

prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze warunki.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający w celu skorzystania z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., winien wykazać, iż tylko i wyłącznie wybrany przez niego wykonawca — ze względów technicznych — jest w stanie wykonać dane zamówienie. Ustalenie, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów świadczących tego rodzaju usługi powoduje, że możliwość zastosowania przedmiotowego trybu została wyłączona.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył jednocześnie art. 10 ustawy P.z.p. oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 9 stycznia 2020 roku zamawiający w odpowiedzi na informację o wyniku kontroli złożył zastrzeżenia od wyniku ww. kontroli.

W uzasadnieniu wskazał, że podstawą wszczęcia przez zamawiającego postępowania był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że w dniu 25 marca 2016 roku Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze (dalej: RZI) po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego zawarł umowę z firmą Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „Telbud” S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Telbud) na budowę i integrację istniejących systemów alarmowych na terenie kompleksu koszarowego w Żaganiu, udzielając 6-cio letniej gwarancji. Termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy został wyznaczony na dzień 25 listopada 2016 roku. W ramach umowy powierzono Telbud również świadczenie usługi konserwacji i naprawy. Konserwację i naprawę pozostałej części istniejącej infrastruktury przekazano do realizacji zamawiającemu tj. 43. WOG w Świątoszowie.

Zamawiający pierwotnie skierował zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do Telbud. Jednakże wykonawca poprzez niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy uchylił się od podpisania umowy i nie przystąpił do realizacji usługi. W dniu 25 maja 2017 roku zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki do firmy Apexim Bis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze.

Zamawiający podkreślił, że firma Apexim Bis sp. z o.o. została wskazana, jako podwykonawca firmy Telbud oraz była podwykonawcą umowy zawartej przez RZI w Zielonej Górze na konserwację systemów alarmowych.

Odnosząc się do wyników kontroli doraźnej zamawiający podkreślił, iż nie zgadza się z twierdzeniem, iż w tych okolicznościach faktycznych udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie dopuszcza się udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadku konieczności dostosowania urządzeń do będących w posiadaniu zamawiającego. Przyjmuje się, że przesłanka dotycząca przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może m.in. znaleźć zastosowanie w przypadku unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca, albo w razie kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający (por. uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 roku, KIO/KD 16/14).

W uchwale z dnia 05 maja 2010 roku, KIO/KD 31/10 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a musi mieć charakter jednoznacznie wyływający z uprzednich norm, parametrów, standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Sytuacja ta może występować z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie wcześniejszego zamówienia (...). Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia”.

Pojęcia „przyczyn technicznych” w rozumieniu przepisu 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie należy utożsamiać z pojęciem „przyczyn technologicznych”. Nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich wykorzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - I Wydział Cywilny z dnia 21 stycznia 2015 r., 1 ACa 1201/14).

Ponadto, w wyroku z dnia 09 października 2012 roku, KIO 2033/12 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. 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 nie będący monopolistą w określonej dziedzinie - ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze - może wykonać konkretne zamówienia. Analiza okoliczności towarzyszących takiemu zamówieniu może w szczególnych przypadkach

doprowadzić do wniosku, nienaruszającego zasady ścisłej interpretacji art. 67 PZP, że wystąpiły przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki”.

Wystąpienie przesłanek pozwalających na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno być oceniane z uwzględnieniem wszelkich okoliczności stanu faktycznego danej sprawy.

Zamawiający podniósł, że w tym względzie za kluczowe wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać zapewnienie 6-cio letniej gwarancji na urządzenia dozorowe, ciągłości funkcjonowania systemów alarmowych oraz kontynuowanie standardu konserwacji, usprawnienia i naprawy systemów alarmowych, którymi dysponuje RZI w Zielonej Górze oraz zamawiający. Zamawiający podkreślił, pierwotnie zamierzał udzielić zamówienia z wolnej ręki firmie Telbud z uwagi na unikatowe i niepowtarzalne warunki z tytułu gwarancji. Telbud jako jedyny wykonawca na rynku zapewniała gwarancję przez okres 6 lat. Uchylenie się przez Telbud od zawarcia umowy spowodowało konieczność udzielenia zamówienia spółce Apexim. Nie powinno budzić wątpliwości, iż tylko wówczas konserwacja, usprawnienia i naprawa systemów alarmowych będzie mogła być kontynuowana u zamawiającego bez zmiany sposobu funkcjonowania tych systemów, zapewniając ciągłość i uzyskanie tego samego standardu urządzeń.

Dodatkowo standardy realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia powinny być zgodne z normą obronną NO - 04 - A004 - 8:2016, wiążącą zarówno zamawiającego, jak i RZI w Zielonej Górze. Niewątpliwie gwarantem zapewnienia tożsamesgo standardu funkcjonowania systemów alarmowych było udzielenie zamówienia podmiotowi będącemu podwykonawcą Telbud (wobec uchylania się przez wykonawcę głównego od realizacji usługi).

Tym samym, realizując przedmiot zamówienia, zamawiający nie może korzystać z innego wykonawcy, gdyż wywołałoby to dezintegrację systemów alarmowych, a w konsekwencji konieczność dodatkowego, równoległego zakupu i instalacji nowych systemów wraz ze specjalistycznym oprogramowaniem, nie pasującego do systemu pierwotnego. Ponadto, konieczność posiadania w takim przypadku dwóch lub więcej systemów alarmowych należy uznać za nielogiczne, niebezpieczne oraz nieopłacalne ekonomicznie. Stwarza to zagrożenia dla spójności i poprawności funkcjonowania systemów bezpieczeństwa.

Jednym z niezbędnych elementów jest, zatem kompatybilność sposobu konserwacji, usprawnienia i naprawy systemów alarmowych zarówno u zamawiającego, jak i w RZI Zielona Góra oraz zgodność z normą obronną NO - 04 - A004 - 8:2016.

W ocenie zamawiającego, ustalenia kontroli doraźnej nie uwzględniają specyfiki jego

potrzeb. W szczególności nie uwzględniają rodzaju przyjętych rozwiązań oraz zakresu posiadanego sprzętu, co jest niezbędne do oceny możliwości zapewnienia kompatybilności sprzętu. Sposób funkcjonowania i powiązania urządzeń opartych o współdziałanie w oparciu o jeden system wyklucza możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę,

Zamawiający stwierdził, że nie istnieją rozwiązania alternatywne lub zastępcze, które odpowiadałyby jego potrzebom. Stan ten miał charakter trwały, nieprzewidywalny oraz obiektywny. Wskazał, że zawarcie umowy z Telbud okazało się niemożliwe z przyczyn niedających się przewidzieć o obiektywnym charakterze. Brak zainteresowania wykonawcy może być w konkretnych okolicznościach uznany za przyczyny techniczne (co potwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 roku, I ACa 1201/14). Ze względu na potrzeby zamawiającego jedynie spółka Apexim Bis Sp. z o.o. (jako podwykonawca Telbud) gwarantowała prawidłową i bezpieczną realizację przedmiotu zamówienia, tj. konserwację, usprawnienia i naprawę systemów alarmowych, w konsekwencji niezakłóconą i ciągłą pracę systemów alarmowych. Z tego względu udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie powołanych przepisów było uprawnione i zgodne z P.z.p.

W ocenie zamawiającego, na kanwie niniejszej sprawy nie sposób twierdzić o naruszeniu przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy P.z.p.

Pismem z dnia 24 stycznia 2020 roku kontrolujący poinformował zamawiającego, że nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 9 stycznia 2020 roku.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zatem stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe.

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 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 (wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

Zamawiający, stosując tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, powinien wykazać, że tylko i wyłącznie jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane zamówienie. Tym samym decyzja o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować. Tymczasem zamawiający zarówno w trakcie postępowania wyjaśniającego, jak również w zastrzeżeniach od wyniku kontroli jednoznacznie przyznaje, że na rynku istniały w istocie co najmniej dwa podmioty zdolne do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w celu realizacji zamówienia w pierwszej kolejności skierował zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do Telbud S.A. — wykonawcy zamówienia „podstawowego”. Z uwagi jednak, iż wybrany wykonawca nie przystąpił do realizacji usługi, zamawiający, powołując się na tożsamą podstawę prawną, tj. art 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p., wystosował zaproszenie do negocjacji do jego podwykonawcy, tj. firmy Apexim Bis Sp. z o.o. Należy zatem stwierdzić, iż w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na rynku istniały co najmniej dwa podmioty, mogące potencjalnie wykonać przedmiot zamówienia, a mianowicie Telbud S.A., do którego zamawiający skierował pierwsze zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz Apexim Bis Sp. z o. o., z którym to zamawiający ostatecznie zawarł umowę na świadczenie przedmiotowych usług. W konsekwencji nie można stwierdzić istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie.

Za uzasadnioną podstawę zastosowania trybu z wolnej ręki w kontekście art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., nie sposób uznać także okoliczności uchylania się od podpisania umowy pierwszego wykonawcy poprzez niewnoszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co skutkowało brakiem możliwości jej zawarcia. Prezes Urzędu podkreślił, że istnienie

ewentualnych trudności w powierzeniu wykonania zamówienia innym wykonawcom nie jest wystarczające do uznania, że spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (tak: uchwała KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. KIO/KD 69/14). Również sama deklaracja, że dany podmiot nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie stanowi o obiektywnej technicznie wymaganej przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. (tak: uchwała KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 32/15).

Odnosząc się zaś do zarzutu zamawiającego wskazującego, że ustalenia kontroli doraźnej nie uwzględniają specyfiki potrzeb zamawiającego, w szczególności rodzaju przyjętych rozwiązań oraz zakresu posiadanego sprzętu, kontrolujący podkreślił, że warunkiem zastosowania omawianej podstawy prawnej jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych (tak: uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18).

Kontrolujący podkreślił ponadto, że nie stanowi podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki okoliczność, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom zamawiającego, ani to czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym (tak: uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18).

Kontrolujący zauważył, że wskazane przez zamawiającego orzecznictwo nie potwierdza zasadności wyboru przez zamawiającego trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p.

Stanowisko wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt KIO/KD 16/14 jednoznacznie potwierdza, że przyczyny techniczne, o których mowa w ww. przepisie, występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w zacytowanej przez zamawiającego uchwale z dnia 5 maja 2010 r., sygn. akt KIO/KD 31/10: o możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, decyduje obiektywna niemożność wykonania zamówienia przez jakiegokolwiek innego wykonawcę. Od przyczyn technicznych należy zaś odróżnić przyczyny organizacyjne czy gospodarcze, które nie znajdują zastosowania. Z kolei zaś zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt I Aca 1201/14 przesłanka jednego wykonawcy, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. nie oznacza

wykonawcy, który jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który — obiektywnie rzecz biorąc jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że nie było podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie przedmiotu zamówienia, objętego kontrolą. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy P.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki należy uznać za niezasadne.

Zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. urzeczywistnia się najlepiej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Wyrażona w art. 10 ust. 1 zasada nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, partnerstwa innowacyjnego, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przepis ten, będący odstępstwem od wyrażonej w ustępie poprzedzającym zasady, należy traktować jako wyjątek i tym samym nie może być on interpretowany w sposób rozszerzający.

Kontrolowane zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., zgodnie z którym 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. "Względy techniczne" uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy muszą mieć zasadniczy charakter, 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 nieprzezwycięzalny.

Ustawa P.z.p. wskazuje przyczyny techniczne przesądzające o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Muszą one mieć charakter zobiektywizowany. Jak wskazywał SN pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych, „przesłanka prawna jedynego «wykonawcy», warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca – monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu" (wyrok SN z dnia 06 lipca 2001 roku III RN 16/01 OSNPC 2001). Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych" (wyrok NSA z 11 września 2000 roku II SA 2074/00, Wokanda 2001 Nr 1, poz. 39). W ocenie Izby stanowisko wyrażone we wskazanych wyżej wyrokach zachowuje swą aktualność również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy.

W powyższą linię orzeczniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza w swoich uchwałach zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09, względy techniczne o obiektywnym charakterze, na które powołuje się zamawiający, a o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem w/w przesłanki. Konieczne jest

bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot. W uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/KD 8/09, Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała, że: „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie”.

Izba zgadza się z kontrolującym, iż dla zastosowania tego przepisu konieczne jest obiektywne ustalenie, czy w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub więcej wykonawców mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

W przypadku postępowania objętego kontrolą nie było sporu co do tego, że istnieją przynajmniej dwa podmioty mogące zrealizować zamówienie: Telbud S.A., do którego zamawiający skierował pierwsze zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz Apexim Bis Sp. z o. o., któremu zamówienie zostało udzielone. Już tylko ta okoliczność świadczy o tym, że zamawiający zastosował wspomniany tryb pomimo braku przesłanki jednego wykonawcy mogącego zrealizować zamówienie.

W ocenie Izby, okolicznością uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a P.z.p. nie mogą być także trudności związane z brakiem kompatybilności sprzętu, gdyż na ogół nie mają one (trudności) nieprzewycięzalnego charakteru i nie świadczą o monopolu jednego wykonawcy (zob. uchwałę z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 37/12 i z dnia 6 lutego 2012 r., KIO/KD 13/12).

Przyczyną techniczną o obiektywnym charakterze nie może również być możliwość utraty gwarancji. W uchwale z dnia 26 kwietnia 2012 r., KIO/KD 43/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze. To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem, dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system”.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....