

**Sygn. akt: KIO/KD 44/18**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 31 grudnia 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 grudnia 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Głogowskiej 131/133 w Poznaniu dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 27 listopada 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/9(3)/18/SO) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowych i autobusowych w oparciu o rozszerzenie zakresu funkcjonalności dotychczas stosowanego systemu zajezdni Franowo (AL-0150-01/17)”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

**Członkowie:** Paweł Trojan

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

**do uchwały z dnia 31 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO/KD 44/18**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1020 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”, na rozbudowę systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowych i autobusowych w oparciu o rozszerzenie zakresu funkcjonalności dotychczas stosowanego systemu zajezdni Franowo (AL-0150-01/17) stwierdził naruszenie art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 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.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli doraźnej Kontrolujący wskazał, co następuje.

Z analizy zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na rozbudowę systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowych i autobusowych w oparciu o rozszerzenie zakresu funkcjonalności dotychczas stosowanego systemu zajezdni Franowo, był art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”).

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że w dniu 26 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawarł z konsorcjum: PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Poznaniu oraz PSI Transcom GmbH w Berlinie umowę (nr: DT/TN/3/2012) na realizację zadania pn.: dostawa, montaż i uruchomienie systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowej Franowo w Poznaniu (dalej: „zamówienie podstawowe”), po przeprowadzeniu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Jak wynika z nadesłanej dokumentacji, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego, w okresie 3 lat od jego udzielenia (część I SIWZ instrukcja dla Wykonawców pkt V zamówienia uzupełniające). Możliwość taka nie została

przez Zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym z dnia 9 sierpnia 2011 r. (znak: 2011/S 151-251048). Zamawiający wyjaśnił, iż szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosiła 15 000 000,00 zł, w tym wartość zamówienia podstawowego 12 500 000,00 zł, zaś wartość planowanych zamówień uzupełniających 2 500 000,00 zł.

W dniu 2 stycznia 2017 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji przedsiębiorstwu PSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. W dniu 2 marca 2017 r. pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą została zawarta umowa o realizację przedmiotowego zamówienia (nr umowy: AL-0150-01/17). Zamawiający poinformował, iż udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podyktowane jest następującymi przesłankami:

1. istnieje potrzeba rozszerzenia dotychczasowego środowiska sprzętowego z uwagi na włączenie do systemu nowych funkcji w zakresie sterowania ruchem na terenie zajezdni Franowo oraz rozszerzenie modułu Dyspozytora o nowe funkcje, tj. planowania i rozliczania czasu pracy osoby prowadzącej pojazdy oraz rozliczania wykonania zadań przewozowych;
2. rozszerzenie dotychczasowej instalacji systemu na zajezdni Franowo o nowe funkcje musi być realizowane w tym samym środowisku technologicznym, gdyż wdrożenie innego rozwiązania powodować będzie stosowanie różnych technologii do realizacji tych samych zadań, co spowoduje duże trudności w budowie i użytkowaniu technologii, potrzebę zakupu i instalacji dodatkowego sprzętu informatycznego oraz tworzenia interfejsów wymiany danych, potrzebę stosowania wielu systemów wspomagających, co utrudni wymianę danych, potrzebę wymiany urządzeń identyfikacji pojazdów, co spowoduje dodatkowe koszty i trudności technologiczne;
3. zastosowanie dotychczasowych urządzeń identyfikacji pojazdów na pozostałych zajezdniach tramwajowych do sterowania ruchem zapewni kompatybilność rozwiązania, ciągłość technologii oraz nie spowoduje dodatkowych trudności i kosztów w ich użytkowaniu;
4. objęcie tym samym systemem nowych funkcji związanych z zarządzaniem zajezdnią i personelem doprowadzi do uproszczenia dotychczasowych rozwiązań bazodanowych oraz automatycznego udostępniania danych dla użytkowników oraz ograniczenia liczby interfejsów z innymi systemami zewnętrznymi;
5. systemem mają być objęte wszystkie zajezdnie, gdyż pojazdy i pracownicy zmieniają swoje miejsca obsługi i realizacji zadań;

6. jednorodny system zarządzania taborami i personelem spowoduje poprawę efektywności i dostosowanie potencjału do zadań zmiennych w czasie, czego efektem będzie zmniejszenie ilości płatnych nadgodzin;
7. zarządzanie personelem poprzez planowanie jego czasu pracy, zarządzanie i rozliczanie musi być realizowane w tym samym systemie dostępnym wszystkim służbom dyspozytorskim i zarządzającym;
8. funkcje planowania i rozliczania zadań oraz czasu pracy muszą być realizowane w trybie on-line, co wymaga udostępniania systemu na wszystkich zajezdniach, zarówno tramwajowych jak i autobusowych;
9. rozdrobnienie danych w wielu systemach odrębnych na każdej zajezdni powoduje ich niekompatybilność, poważne trudności w użytkowaniu związane z bieżącą wymianą danych oraz naraża na dodatkowe działania kontrolno-naprawcze i koszty;
10. rozdzielanie zadania na wiele systemów zwiększa koszty utrzymania całości rozwiązania ze względu na wzrost kosztów obsługi serwisowej, potrzebę zwiększenia licencji i zwiększenie ryzyka uzyskiwania danych niespójnych;
11. jednorodne rozwiązanie zapewni unifikację technologii dla sprzętu i urządzeń, co usprawni ich obsługę oraz utrzymanie.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 14 grudnia 2016 r. na kwotę 7 400 000,00zł, w tym rozszerzenie systemu 4 200 000,00 zł, rozbudowa infrastruktury 2 000 000,00 zł, podwyższone warunki obsługi serwisowej 1 200 000,00 zł.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca PSI Polska Sp. z o.o. realizował zamówienie podstawowe jako lider konsorcjum, jeszcze pod nazwą PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o. i to on posiada prawa autorskie do utworu w postaci instalacji i konfiguracji systemu. Ponadto Zamawiający poinformował, że przedmiotowe zamówienie nie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Zakres przedmiotowy zamówienia został określony w § 2 ust. 1 umowy z dnia 2 marca 2017 r. (nr umowy: AL-0150-01/17) i obejmował:

1. opracowanie przez Wykonawcę we współpracy z Zamawiającym Opisu Rozwiązania;
2. aktualizację do najnowszej wersji platformy PSITraffic/DMS, stanowiącej podstawę dla systemu DMS;
3. rozbudowę modułu dyspozytorskiego na zajezdni WS2 jako rozszerzenie istniejącego rozwiązania (w tym szkolenia);
4. konfigurację systemu DMS w zakresie obsługi pozostałych zajezdni tramwajowych i autobusowych (w tym szkolenia dla użytkowników ze wszystkich zajezdni);

5. objęcie zakresem przedmiotowym licencji systemu DMS zajezdni;
6. dostawę, montaż i konfigurację RFID na zajezdniach autobusowych WA1 i WA2 oraz jego integrację z systemem DMS;
7. dostawę, montaż i konfigurację VETRA na zajezdni tramwajowej WS3 oraz jego integrację z systemem DMS;
8. integrację VETR na i poza zajezdnią WS1 z systemem DSM;
9. rozbudowę i konfigurację serwera;
10. dostawę, montaż i konfigurację tablic elektronicznych na zajezdniach;
11. dostawę, montaż i konfigurację interkomów na zajezdniach;
12. roboty instalacyjne związane z wykonaniem infrastruktury technicznej, niezbędnej dla prawidłowego działania systemu DMS w oparciu o projekty techniczne dla każdej zajezdni.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż dostawa sprzętu wymienionego w pkt 2.3 wycena sprzętu i infrastruktury technicznej oferty nr POL7021-2016-02223 Rozszerzenie Systemu DMS na 4 zajezdnie MPK Poznań Sp. z o.o., stanowiącej załącznik do umowy z dnia 2 marca 2017 r. (nr umowy: AL-0150-01/17), tj. rozszerzenie środowiska serwerowego, monitory 40", czytniki kart mifare, interkomy na 4 zajezdnie, tablice elektroniczne LED na 4 zajezdnie, system RFID - zajezdnie autobusowe, instalacje elektryczne i teletechniczne i system identyfikacji tramwajów VETRA, jest integralną częścią całego zamówienia, a specyfikacja sprzętu została ujęta w koncepcji wdrożenia i nie definiuje wprost konieczności stosowania urządzeń o określonych parametrach.

Zamawiający wskazał, że to na wykonawcy ciążył obowiązek dostawy ww. sprzętu, który miał być kompatybilny z istniejącym systemem DMS i uwzględniać specyfikę poszczególnych zajezdni. Wybór innego wykonawcy - zdaniem Zamawiającego - stwarzał ryzyko niekompatybilności sprzętu z systemem, co mogłoby całkowicie uniemożliwić funkcjonowanie dostarczonych urządzeń w obecnym środowisku sprzętowym. Zamawiający wyjaśnił również, że obecne serwery, dostarczone w ramach umowy podstawowej, objęte są gwarancją i rękojmią Wykonawcy PSI Polska, a powierzenie ich rozbudowy innemu podmiotowi wiązałoby się z ich utratą i w konsekwencji wzrostem kosztów. Zamawiający wskazał także, iż działający system posiada specjalistyczne funkcje opracowane przez Wykonawcę i objęte prawami autorskimi. W związku z powyższym wymagane jest odpowiednie zainstalowanie oprogramowania na każdej stacji roboczej i urządzeniu peryferyjnym. Ponadto przedmiotowe zamówienie realizowane było, podobnie jak umowa z 2012 r., jako kompleksowa usługa dostawy komponentów, tj. rozbudowa serwera, dostawa sprzętu oraz konfiguracja systemu DMS.

W tak ustalonym stanie faktycznym Kontrolujący stwierdził jak niżej.

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. akt 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).

W przedmiotowym stanie faktycznym, według Kontrolującego, mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, podczas gdy zamówienie podstawowe zostało udzielone na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Tym niemniej należy stwierdzić, iż fakt udzielenia zamówienia podstawowego na podstawie przepisów obowiązujących przed nowelizacją nie wyklucza możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki, „na dodatkowe dostawy”, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji - jeżeli zostaną spełnione wszystkie przesłanki wymagane treścią art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (z uwzględnieniem art. 67 ust. 1b ustawy Pzp). Stosownie do dyspozycji art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 - 4 oraz pkt 7 - 9. Natomiast zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli łącznie zaistniały następujące okoliczności:

1. zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego;
2. zamówienie udzielane jest na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji;
3. zmiana wykonawcy zamówienia (w stosunku do zamówienia podstawowego) zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji.

W ocenie Kontrolującego Zamawiający nie wykazał, iż zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na rozbudowę systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowych i autobusowych w oparciu o rozszerzenie zakresu funkcjonalności dotychczas stosowanego systemu zajezdni Franowo, w odniesieniu do następujących dostaw, wchodzących w zakres przedmiotowy ww. zamówienia:

1. dostawa, montaż i konfiguracja RFID na zajezdniach autobusowych WA1 i WA2;
2. dostawa, montaż i konfiguracja VETRA na zajezdni tramwajowej WS3;
3. rozbudowa i konfiguracja serwera oraz dostawa monitorów;
4. dostawa, montaż i konfiguracja tablic elektronicznych na zajezdniach;
5. dostawa, montaż i konfiguracja interkomów na zajezdniach;
6. roboty instalacyjne związane z wykonaniem infrastruktury technicznej, niezbędnej dla prawidłowego działania systemu DMS w oparciu o projekty techniczne dla każdej zajezdni.

Zdaniem Kontrolującego w planowanych kosztach zamówienia, stanowiących załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający określił wartość przedmiotowego zamówienia, w zakresie rozbudowy infrastruktury, na 2 000 000,00 zł. Ponadto w części 2 warunki handlowe pkt 2.3 wycena sprzętu i infrastruktury technicznej oferty nr POL7021-2016-02223 rozszerzenie systemu DMS na 4 zajezdnie MPK Poznań Sp. z o.o., stanowiącej załącznik nr 2 do umowy z dnia 2 marca 2017 r. (dalej: „oferta”) wskazano, iż wartość zamówienia w zakresie ww. dostaw wynosi 2 204 822,00 zł.

Dalej Kontrolujący wskazał, że w przypadku zamówienia na ww. dostawy nie została spełniona przesłanka, zgodnie z którą zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Na poparcie swojego stanowiska Kontrolujący przytoczył fragment uchwały Izby z dnia 5 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO/KD 71/13, i stwierdził, iż wybrany przez Zamawiającego tryb nie znajduje zastosowania do typowych zamówień o ustalonych standardach jakościowych, a wskazany powyżej zakres dostaw ma charakter urządzeń oraz prac standardowych, możliwych do zrealizowania również przez podmioty inne, niż wykonawca wybrany przez Zamawiającego, co według Kontrolującego potwierdzają poniższe okoliczności.

#### A. RFID.

W koncepcji rozszerzenia systemu DMS z Franowa na 4 zajezdnie dla MPK Poznań Sp. z o.o., stanowiącej załącznik nr 1 do umowy z dnia 2 marca 2017 r. (dalej: „koncepcja”), wskazano - w części 6 stanowiska pracy i urządzenia zewnętrzne w systemie PSIttraffic/DMS w punkcie 7.4 urządzenia systemu identyfikacji w zajezdniach autobusowych (RFID) - iż na potrzeby systemu identyfikacji pojazdów w trakcji autobusowej zostaną zastosowane urządzenia identyfikacji radiowej RFID w postaci stacjonarnych urządzeń odczytujących tagi RFID (kontrolery oraz anteny) i tagi pasywne RFID.

RFID jest rodzajem technologii wykorzystującej fale radiowe do identyfikacji osób i przedmiotów na odległość. Na rynku dostępnych jest wiele systemów identyfikacji opartych o ww. technologię, oferowanych przez różne podmioty. Zatem nie można stwierdzić, aby zmiana wykonawcy w zakresie dostawy tego systemu zobowiązywała Zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych.

#### B. VETRA.

W koncepcji wskazano (w części 6 w punkcie 7.5 urządzenia systemu identyfikacji w zajezdniach tramwajowych) na potrzebę zastosowania systemu identyfikacji tramwajów VETRA. Jak wskazano w części 2 warunki handlowe punkt 2.3.6 system identyfikacji tramwajów oferty, urządzenia VETRA są rozwiązaniem należącym do czeskiego przedsiębiorstwa Elektroline. Z dokumentów oraz wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego nie wynika, aby Wykonawca PSI Polska był jedynym podmiotem, uprawnionym do dystrybucji systemu VETRA na terytorium Polski. Ponadto, jak wskazano w punkcie 2.3.6 oferty, w przypadku pojawienia się innej technologii, wybranej przez MPK Poznań, przeprowadzona zostanie analiza możliwości włączenia do systemu, co świadczy o dopuszczeniu przez Zamawiającego możliwości zastosowania innego rozwiązania niż system VETRA.

Powyższe wskazuje na możliwość udzielenia zamówienia na dostawy w tym zakresie innym podmiotom, w sposób niezobowiązujący Zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych.

#### C. Rozbudowa i konfiguracja serwera oraz monitorów.

W koncepcji (w części 6 w punkcie 6.4 rozszerzenie środowiska serwerowego) oraz w ofercie (w części 2 w punkcie 2.3.1 rozszerzenie środowiska serwerowego) wskazano, iż w celu obsługi dodatkowych użytkowników systemu wzmocniony zostanie istniejący serwer o dodatkowe procesory, pamięć RAM i dyski oraz licencje na połączenia użytkowników do serwera Windows. Jako przykładowe elementy rozbudowy serwera wskazano następujące podzespoły oraz oprogramowanie: procesory Intel Xeon X5660 6C 2.80GHz 12 MB 1333MHz 95w, system operacyjny Windows Server 2016, Windows Server 2012 CAL 8x5 Users, pamięć RAM 4GB i 8GB 0 parametrach 1,35V PC3L-10600 CL9 Ecc DDR3 1333MHz LP RDIMM, dyski SAS 300 GB IBM 300GB 2,5” 15K 6Gbps SAS HDD.



Ponadto w koncepcji (w części 6 w punkcie 7.2 komputery na zajezdni - proponowana konfiguracja i ilości) oraz w ofercie (w części 2 w punkcie 2.3 wycena sprzętu i infrastruktury technicznej) wskazano na potrzebę zakupu 4 monitorów 40" do sal motorniczych/kierowców, w celu prezentacji listy wyjazdów, planu zajezdni z lokalizacją pojazdów, komunikatów i innych informacji według potrzeb. Wymienione elementy oraz oprogramowanie stanowią standardowe produkty oferowane na rynku i mogłyby bez przeszkód zostać dostarczone przez inne podmioty, w sposób niezobowiązujący Zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych.

#### D. Tablice elektroniczne na zajezdniach.

W koncepcji wskazano (w części 6 w punkcie 7.3.2 specyfikacja tablic elektronicznych) jedynie na wymogi techniczne dotyczące tablic elektronicznych, które miałyby zostać zainstalowane na zajezdniach. Wymogi te odnosiły się m.in. do technologii wykonania, temperatury pracy, wymiarów, rozdzielczości, jasności czy ilości wyświetlanych wierszy tekstu, co świadczy o możliwości dostarczenia tablic spełniających wymogi Zamawiającego również przez inne podmioty działające na rynku, przy czym zmiana wykonawcy nie zobowiązywałaby Zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych.

#### E. Interkomy.

W koncepcji wskazano (w części 6 w punkcie 7.3.1 interkomy) na potrzebę dostawy interkomu biurowego oraz interkomów warsztatowych i interkomów przeznaczonych na teren zewnętrzny. Wykonawca zaproponował kompaktową stację Turbine IP TCIS-6, przy czym nie wskazał na konkretnego producenta, oferującego ww. rozwiązanie.

Należy również zauważyć, że na rynku istnieje kilka podmiotów, oferujących dostawę interkomów o wskazanych parametrach.

#### F. Instalacje elektryczne i teletechniczne.

W koncepcji wskazano (w części 6 w punkcie 7.7 instalacje elektryczne i teletechniczne), iż w ramach realizacji zamówienia wykonane zostaną instalacje teletechniczne i elektryczne w zakresie wykonania dokumentacji technicznej, dostawy i montażu urządzeń, wykonania niezbędnych pomiarów oraz wykonania dokumentacji projektowej powykonawczej. Zatem w odniesieniu do tych prac zmiana wykonawcy również nie skutkowałaby koniecznością nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne.

Kontrolujący wskazał ponadto, że możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie powyższych dostaw przez inne podmioty potwierdza także zakres prac, które

Wykonawca PSI Polska zamierzał zlecić podwykonawcom. Jak wynika z załącznika nr 6 do umowy z dnia 2 marca 2017 r - lista prac realizowanych przez podwykonawców, obejmuje on dostawę systemu identyfikacji tramwajów VETRA, systemu identyfikacji autobusów RFID, tablic elektronicznych LED, interkomów oraz infrastruktury technicznej (instalacji elektrycznych i teletechnicznych). W ocenie Kontrolującego świadczy to o możliwości zmiany wykonawcy w ww. zakresie, która to zmiana nie powodowałaby niekompatybilności technicznej lub nieproporcjonalnie dużych trudności technicznych.

Następnie Kontrolujący stwierdził, że w świetle powyższego nie sposób uznać, iż dostawa ww. sprzętu oraz jego instalacja była możliwa do wykonania tylko przez wykonawcę zamówienia podstawowego, bowiem Zamawiający w wyjaśnieniach nie wskazał okoliczności, ze względu na które w przypadku wyboru wykonawcy innego niż wykonawca zamówienia podstawowego, musiałby nabyć od niego urządzenia o innych parametrach technicznych niż użyte do realizacji zamówienia podstawowego, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Zamawiający wskazał jedynie na potrzebę zachowania parametrów wskazanych dostaw, przy czym dostarczenie i instalacja urządzeń, spełniających wymogi Zamawiającego, mogłyby zostać zrealizowane również przez innych wykonawców. Ponadto, w piśmie z dnia 12 października 2017 r., Zamawiający poinformował, że specyfika sprzętu została ujęta w koncepcji, co - z racji charakteru dokumentu - nie definiuje wprost konieczności stosowania urządzeń o wyspecyfikowanych parametrach, oraz że wybór innego dostawcy stwarza zagrożenie, że dostarczony sprzęt będzie zgodny z koncepcją, jednak nie będzie współpracował z systemem.

W związku z powyższym, w opinii Kontrolującego, Zamawiający miał możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby ww. sprzęt mógł być dostarczony przez inne podmioty działające na rynku, przy jednoczesnym zachowaniu zgodności z koncepcją oraz systemem. Wymogi dotyczące wskazanych urządzeń oraz prac związanych z ich instalacją mogły zostać określone w dokumentacji w sposób umożliwiający przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym.

Dalej Kontrolujący zaznaczył, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego zadanie opisane w umowie nr AL.-0150-01/17 realizowane jest podobnie jak umowa z 2012, jako kompleksowa usługa dostawy komponentów - rozbudowa serwera, dostawa sprzętu, konfiguracja systemu DMS na potrzeby pozostałych zajezdni w celu objęcia nim wszystkich zajezdni Zamawiającego i centralnego zarządzania taborem oraz przydzielenia zadań prowadzącym pojazdy. Należy jednak zauważyć, że zamówienie podstawowe z 2012 r. zostało udzielone w trybie dialogu konkurencyjnego, a więc w trybie zapewniającym konkurencyjność ze względu na fakt prowadzenia negocjacji z kilkoma podmiotami, w przeciwieństwie do trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym prowadzone jest

przedmiotowe postępowanie. A jak już wskazano, tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe, zaś przesłanki jego zastosowania muszą być interpretowane w sposób ścisły. Jedną z przesłanek zastosowania tego trybu w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest, aby zmiana wykonawcy zobowiązywała zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu dostarczanych produktów lub instalacji. Jak wykazano powyżej, w odniesieniu do wskazanego zakresu dostaw przesłanka ta nie została spełniona, co uniemożliwiło zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w tym zakresie.

Pismem z dnia 7 grudnia 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy p.z.p, wniósł następujące zastrzeżenia do ww. wyników kontroli doraźnej:

- 1) naruszenia art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp do uzasadnienia Zamawiającego dotyczącego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz przesłanych przez Zamawiającego dokumentów i udzielanych wyjaśnień;
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż przedmiotem zamówienia w postępowaniu względem którego mogłaby nastąpić zmiana wykonawcy był:
  - a) system identyfikacji oparty o technologię RFID;
  - b) system VETRA;
  - c) wskazane w informacji o wyniku kontroli elementy i oprogramowanie określone w części 2 oferty w pkt 2.3.1 rozszerzenie środowiska serwerowego oraz w części 2 oferty w pkt 2.3 wycena sprzętu i infrastruktury technicznej;
  - d) tablice elektroniczne na zajezdniach;
  - e) interkomy;
  - f) instalacje teletechniczne i elektryczne;podczas gdy przedmiotem zamówienia była rozbudowa i rozszerzenie systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowej Franowo w Poznaniu, wdrożonego w rezultacie realizacji umowy o zamówienie publiczne nr DT/TN/3/2012, zawartej w dniu 26 kwietnia 2012 r., którego ww. elementy miały być częścią bądź były niezbędne do instalacji.

- 3) błędne przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp, podczas gdy skorzystanie przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 134 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 było w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadnione, a przesłanki jego zastosowania spełnione.

Wobec powyższego Zamawiający wniósł o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i zmianę wniosków kontrolnych poprzez przyjęcie, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 tej ustawy. We wniesionych zastrzeżeniach przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające, zdaniem Zamawiającego, wniosek o zmianę wyniku kontroli doraźnej.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia jego zastrzeżeń, złożonych od wyniku przedmiotowej kontroli i podtrzymał swoje stanowisko, wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 listopada 2018 r. w przedmiocie naruszenia legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**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, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izby stwierdziła, że zastrzeżenia złożone przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p., w przedmiocie rozbudowy systemu automatycznego zarządzania pracą zajezdni tramwajowych i autobusowych w oparciu o rozszerzenie zakresu funkcjonalności dotychczas stosowanego systemu zajezdni Franowo (AL-0150-01/17), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 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.

Na podstawie obowiązującego w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania art. 134 ust. 6 pkt 1 p.z.p. zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 - 4 oraz pkt 7 – 9. Natomiast mający zastosowanie w sprawie art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wskazuje, iż Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji.

Skorzystanie z dobrodziejstwa art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p i przeprowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki wymaga, aby Zamawiający wykazał, że jeżeli nie udzieli zamówienia Wykonawcy z którym wcześniej zawarto umowę dostawy, to będzie zobowiązany do nabycia przedmiotów, których właściwości techniczne powodowałyby niekompatybilność techniczną albo nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu czy utrzymaniu. Zatem kiedy Zamawiający decyduje się na odstąpieniu od trybów konkurencyjnych na rzecz zamówienia z wolnej ręki winien wykazać, że zmiana dotychczasowego dostawcy spowodowałaby następstwa określone w ustawie. Zaznaczyć należy, że ustawodawca użył w przepisie funktorów alternatywy nierozłącznej (lub) oraz koniunkcji (i), oznacza to, że w przypadku udzielania zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wystarczy, że wystąpi chociażby jedna z ustawowych przeszkód technicznych – w postaci niekompatybilności, albo w postaci trudności w użytkowaniu czy utrzymaniu, przy czym trudności te winny posiadać charakter nieproporcjonalnie duży w stosunku do sytuacji, kiedy Zamawiający nabyłby przedmioty od innego Wykonawcy niż dotychczasowy dostawca. Ponadto, dostawa musi być wykonywana w celu wymiany istniejących przedmiotów czy instalacji, które posiada Zamawiający, bądź powiększenia bieżących dostaw czy też rozbudowywania instalacji.

W ocenie Kontrolującego w szczególności Zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach sprawy spełniono przesłankę zastosowania trybu z wolnej ręki określonych przez ustawodawcę następstw, zgodnie z którą zmiana wykonawcy zobowiązywałaby Zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji, w odniesieniu do następujących dostaw:

1. dostawa, montaż i konfiguracja RFID na zajezdniach autobusowych WA1 i WA2;
2. dostawa, montaż i konfiguracja VETRA na zajezdni tramwajowej WS3;
3. rozbudowa i konfiguracja serwera oraz dostawa monitorów;
4. dostawa, montaż i konfiguracja tablic elektronicznych na zajezdniach;
5. dostawa, montaż i konfiguracja interkomów na zajezdniach.
6. roboty instalacyjne związane z wykonaniem infrastruktury technicznej, niezbędnej dla prawidłowego działania systemu DMS w oparciu o projekty techniczne dla każdej zajezdni.

Rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zawarte w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał zaistnienia ustawowych przesłanek zastosowania art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zatem brak jest podstawy prawnej do udzielenia kontrolowanego zamówienia w trybie z wolnej ręki, czym Zamawiający również dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 10 p.z.p., gdyż zaakceptowanie argumentacji Zamawiającego pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i oznaczałoby uznanie, jako uzasadnienia dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego, okoliczności które nie są objęte treścią art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Ponadto Izba wskazuje, że w toku kontroli, jak również w zastrzeżeniach od jej wyniku, Zamawiający nie wskazał rzeczowych wyjaśnień, ani nie przedstawił dowodów, które potwierdziłyby spełnienie przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o ww. normę, a które mogłyby podważyć zasadność stwierdzonych naruszeń.

W zakresie zastrzeżenia dotyczącego naruszenia przez Kontrolującego art. 166 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez brak szczegółowego odniesienia do uzasadnienia Zamawiającego dotyczącego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p. oraz przesłanych przez Zamawiającego dokumentów i udzielanych wyjaśnień, Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający poświęcił wiele uwagi na opisanie cech oraz funkcjonalności zamówienia podstawowego i zamówienia, którego udzielono w trybie niekonkurencyjnym, tj. z wolnej ręki, natomiast w stosunku co do samego braku odniesienia się przez

Kontrolującego do stanowiska Zamawiającego, które przedstawił w toku postępowania wyjaśniającego – zarówno w stosunku co do uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, jak i udzielanych wyjaśnień, czy przekazanych dokumentów – podniesiono oszczędną argumentację, która nie znalazła odzwierciedlenia w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W zakresie okoliczności podniesionych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, Izba stwierdziła, że pomimo, iż Zamawiający wielokrotnie posługuje się stwierdzeniami o niekompatybilności technicznej czy nieproporcjonalnie dużych trudnościach technicznych w użytkowaniu i utrzymaniu przedmiotu dostaw, jego argumentacja, wskazująca na zaistnienie takowych przeszkód, jest merytorycznie pusta. Analiza argumentacji Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż ma ona charakter wyłącznie polemiczny, a Zamawiający w istocie nie oferuje żadnego rzeczowego argumentu celem wzruszenia wniosków Kontrolującego.

Dalej wskazać należy, że w ocenie Izby nie potwierdziło się zastrzeżenie braku uwzględniania przez Kontrolującego okoliczności, na które wskazywał Kontrolowany w toku kontroli czy w uzasadnieniu Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia. Zaznaczyć również należy, że podnoszone przez Zamawiającego, na etapie zastrzeżeń, motywowanie skorzystania z trybu niekonkurencyjnego prawami autorskimi, licencjami czy warunkami gwarancyjnymi (które to argumenty nawet nie zostały skonkretyzowane, a pozostały w sferze ogólnych stwierdzeń Kontrolowanego o ewentualnych, hipotetycznych trudnościach) nie dotyczą przeszkód technicznych. Tym niemniej, nawet gdyby Zamawiający podjął próbę uszczegółowienia okoliczności, które podnosił, Izba wskazuje, że są to uwarunkowania prawne, które ukształtował sam Zamawiający, nie mieszczące się w zakresie warunków technicznych, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

W zakresie kolejnego zastrzeżenia, określonego w pkt 2 *petitum* zastrzeżeń, Izba wskazuje, że nie doszło do błędu w ustaleniach faktycznych, który w ocenie Zamawiającego polegał na nieprawidłowym przyjęciu przez Kontrolowanego jakie urządzenia stanowią przedmiot dostawy zamówienia udzielonego z wolnej ręki.

Kontrolujący prawidłowo ustalił zakres zamówienia – przedmiot, który dostarczono w trybie z wolnej ręki stanowi przedmiot umowy z dnia 2 marca 2017 r. o nr AL-0150-01/17, zgodnie z aktami postępowania. Nie potwierdzonym zostało również, że nie uwzględniano faktu, że zamówienie dodatkowe stanowi rozbudowę istniejącego systemu.

W stosunku do podniesionej przez Zamawiającego argumentacji, iż zmiana dostawcy powodowałaby uzyskanie urządzeń o innych parametrach technicznych, niż te z zamówienia podstawowego czy, że ograniczyłaby zakres funkcjonalny czy licencyjny urządzeń, Izba wskazuje, że Zamawiającemu umknęło, że to on opisuje przedmiot zamówienia, gdyż jest to jego ustawowy obowiązek. Zatem trudność Zamawiającego, jaką stanowi dokładne opisanie przedmiotu, który chce nabyć, po pierwsze nie stanowi w ogóle przeszkody technicznej, po

drugie jest co najmniej wątpliwa – skoro Zamawiający już odebrał i użytkuje urządzenia składające się na system DSM, a zamówienie z wolnej ręki dotyczy rozbudowy posiadanego systemu, to budziłoby poważną wątpliwość, gdyby Zamawiający nie potrafił opisać urządzeń, których dostawy wymaga, bowiem to prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie posiada wiedzy jakie użytkowany przez niego system i jego poszczególne urządzenia mają parametry techniczne i czy np. to co posiada obecnie wypełnienia wymóg funkcjonalności wskazanej w koncepcji Zamawiającego. Tym niemniej argumenty takie przy założeniu, że Zamawiający jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, byłyby nie do przyjęcia, pomijając już nawet kwestię, że nie dotyczą one obiektywnej kompatybilności, a jedynie wskazują na trudności organizacji przez Zamawiającego postępowania, kiedy również w trybie z wolnej ręki przedmiot zamówienia należałoby dokładnie opisać.

W ocenie składu wyrażającego opinię w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej nie zasługuje również na aprobatę stanowisko Zamawiającego, iż problemy z wielością dostawców i znaczne ułatwienia techniczne, funkcjonalne czy organizacyjne, które posiada obecny Wykonawca uzasadniają udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Według Izby warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez wybranego Wykonawcę, ze względów technicznych wskazanych w ustawie. Natomiast w sytuacji, gdy istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych, w szczególności, gdy wybrany dotychczasowy dostawca posługuje się podwykonawcami do wykonania zamówienia, co miało miejsce w ustalonym stanie rzeczy.

Skorzystanie z trybu wyboru Wykonawcy z wolej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p., jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia - jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, czy dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem, bowiem są to wyłącznie subiektywne przekonania Zamawiającego.

Warto zatem podkreślić, że instytucja art. 67 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie została umieszczona w ustawie dla „wygody” Zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jak również jego osadzeniem w systemie zasad prawa zamówień publicznych oraz kontekstu prawa UE, ma on na celu eliminację z trybów konkurencyjnych sytuacji, w których – w sposób możliwy obiektywnie do zweryfikowania – jest z góry wiadomo, że mając na uwadze aspekty techniczne konkretnego zamówienia podstawowego, w przypadku pojawienia się potrzeby nabycia dodatkowych dostaw, tylko jeden Wykonawca złożyłby ofertę, bowiem tylko



on – przy zrealizowaniu już zamówienia podstawowego – jest w stanie technicznie zrealizować zamówienie dodatkowe. Instrument ten pozwala na pominięcie w takiej sytuacji przeprowadzania postępowania w trybie konkurencyjnym, który byłby w istocie bezcelowy – nie osiągnąłby bowiem żadnego celu, jaki ustawa wiąże z jego przeprowadzeniem. Nie jest taką sytuacją natomiast sytuacja, w której Zamawiający preferuje nieprzeprowadzenie postępowania konkurencyjnego z przyczyn organizacyjnych, administracyjnych czy jakichkolwiek innych nie wskazanych przez ustawodawcę.

Tryb z wolnej ręki zawsze jest wyjątkiem od zasady stosowania trybów konkurencyjnych. Jak wskazuje się w orzecznictwie, wykładnia jakiegokolwiek wyjątku od zasady, według reguły *exceptiones non sunt extentendae*, nigdy nie może być dokonywana w ten sposób, że rozszerza się wbrew treści przepisu zakres pojęciowy wyjątku kosztem reguły, a już zwłaszcza nie może ono prowadzić do kreowania niekonkurencyjnych reguł, czy rozmycia wyjątku do tego stopnia, że reguła staje się przez to martwa (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 02.07.2015 r., X Ga 339/15, wyrok NSA z 10.05.2016 r., II FSK 712/14, postanowienie Sądu Najwyższego z 08.12.2016 r., I CZ 98/16, a także liczne inne tam cytowane – o samej zasadzie wyroki TSUE z dnia 28.03.2000 r., C-7/98 i z dnia 11.05.2000 r., C-38/98, a także wcześniejsze postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 02.06.1980 r., I CR 124/80, OSNC 1981, nr 1, poz. 13, z dnia 09.03.2004 r., I CK 412/03 i z dnia 21.03.2007 r., I CSK 434/06, OSNC 2008, nr 3, poz. 37).

Reprezentatywnym przykładem zastosowania ww. argumentacji jest wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15, gdzie Sąd ten wyjaśnił, iż „Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określone mu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednak zasadniczy charakter, tak aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzewidywalny.” Ponadto warto przytoczyć argumentację, zachowującą aktualność w obecnym stanie prawnym, zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01 gdzie podkreślono, że "Przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki 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 dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi (...)"

Skład wyrażający opinię w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba podzieliła również stanowisko Kontrolującego, że urządzenia, które Zamawiający nabył w trybie z wolnej ręki są urządzeniami standardowymi, oferowanymi na rynku systemów dla komunikacji publicznej, natomiast Zamawiający nie podjął nawet próby kwestionowania takiego ustalenia. Zarówno w toku kontroli, jak i w zastrzeżeniach od jej wyniku, brak jest jakiegokolwiek argumentacji mogącej wskazywać, że zakupiony przedmiot nie jest produktem standardowym, zatem nie ma również przeszkód, aby był dostarczony przez każdy podmiot działający na rynku.

Należy również zaznaczyć, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, iż w ogóle weryfikował rynek pod kątem zbadania jakie urządzenia oferują inni Wykonawcy, w tym np. podwykonawcy wybranego dostawcy. Takie działanie Zamawiającego spowodowało, że sam skutecznie pozbawił się możliwości wykazania, że przyjęcie przez niego zastosowania wyjątkowego trybu niekonkurencyjnego było uzasadnione.

Wobec powyższego nie potwierdziło się również zastrzeżenie Zamawiającego wskazane w pkt 3 *petitum* zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej, w ocenie Izby Kontrolujący prawidłowo ustalił, że nie wykazano spełnienia przesłanek zastosowanego trybu z wolnej ręki.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 p.z.p., wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....