

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Warszawa, dnia 10 października 2014 r.

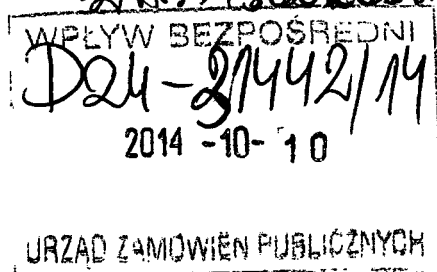
UZP/DO/KU/16161/20158/14

dot. KIO/KD 90/14

2 x 1. SEGREGATOR + 2 ODPISY UCZYNIŁY



00164552



Pani

Izabela Jakubowska

p.o. Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych

Szanowna Pani Prezes,

W związku z przekazaniem w dniu 26 września 2014 r., piśmie o sygnaturze UZP/DKD/PWKZ/421/44(9)/14/MJ, zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, zgłoszonych przez Gminę Słupca po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „wentylacja mechaniczna hali sportowo-widowiskowej” w załączeniu przekazuję akta postępowania kontrolnego oraz odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2014 r., sporządzonej na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.).

Z poważaniem

Anna Chudzik
WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik

W załączeniu :

1. Akta postępowania kontrolnego-1 segregator oraz zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej i odpowiedź na zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej;
2. Odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2014 r. - 2 egz.
3. Kserokopię pisma Wójta Gminy Słupca z dn. 7.10.2014 r. (znak: IP.170.2.2014)

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Sygn. akt: KIO/KD 90/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 października 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Gmina Słupca
ul. Sienkiewicza 16
62-400 Słupca**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 września 2014 r.
(znak: UZP/DKD/KND/13/14)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na zadanie pn.: „Wentylacja mechaniczna hali sportowo-widowiskowej”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Honorata Łopianowska
	Lubomira Matczuk-Mazuś

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wentylacja mechaniczna hali sportowo-widowiskowej”. Wraz z pismem (znak UZP/DKD/PWKZ/421/44(5)/14/MJ(24170) KND/13/14/DKD z dnia 4 września 2014 r. została przesłana do zamawiającego: Gminy Słupca - Informacja o wyniku ww. kontroli (znak: UZP/DKD/KND/13/14).

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu. Zdaniem kontrolującego, przedstawione przez zamawiającego argumenty nie potwierdzają, aby wyłącznie wykonawca zaproszony do negocjacji mógł zrealizować zadanie będące przedmiotem zamówienia w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania ustalono, że w trakcie realizacji zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę hali sportowo-widowiskowej wraz z urządzeniami i wyposażeniem oraz przebudową kotłowni przy budynku Publicznego Gimnazjum w Kowalewie Opactwie, obręb geodezyjny Poniatówek, gmina Słupca”, zamawiający przeprowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wentylacja mechaniczna hali sportowo-widowiskowej”, którego przedmiotem była robota budowlana polegająca na wykonaniu instalacji c.o. i wentylacji mechanicznej w hali sportowo-widowiskowej w Poniatówku, gmina Słupca. Dokonano wówczas wyboru oferty dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego jako najkorzystniejszej, tj. Zakładu Usług Budowlanych „MALINA” Stanisław Malina.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia zamawiający wskazał, że celowość zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na uzupełnieniu grawitacji wentylacji hali sportowo-widowiskowej o wentylację mechaniczną z rekuperacją w trybie zamówienia z wolnej ręki wynika z faktu, że obecnym wykonawcą obiektu wraz z wszystkimi instalacjami wyłonionym w przetargu nieograniczonym jest Zakład Usług Budowlanych „MALINA” Stanisław Malina. W ocenie zamawiającego, za powyższym

przemawia sposób technologicznych powiązań z obecnie wykonywanymi instalacjami centralnego ogrzewania i elektrycznymi wykonywanymi przez ww. wykonawcę. Ponadto zamawiający zaznaczył, że obecny stan przekazania całości placu budowy dotychczasowemu wykonawcy przemawia za utrzymaniem takiego statusu w celu uniknięcia podziału odpowiedzialności za zrealizowany obiekt, zaplecze budowy oraz sprzęt i materiały zgromadzone na placu budowy. Dodatkowo, zlecenie robót dotychczasowemu wykonawcy pozwoli zachować planowany termin zakończenia budowy i przekazania do użytkowania obiektu bez konieczności jego przedłużania.

W wyniku wezwania do wyjaśnień, zamawiający pismem z dnia 28 maja 2013 r. wyjaśnił, że już w trakcie realizacji budowy hali sportowo-widowiskowej w Poniatówku pismem z dnia 17 października 2011 r. inspektor nadzoru poinformował zamawiającego o konieczności zaprojektowania i wykonania wentylacji mechanicznej, by umożliwić pełne wykorzystanie sali, bez żadnych ograniczeń i obniżyć koszty eksploatacji. Zamawiający wyjaśnił, że inspektor nadzoru wskazał dodatkowo na art. 151 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz.690 ze zm.), który zobowiązuje w tego typu instalacjach stosować urządzenia do odzyskiwania ciepła. Niezgodność obiektu budowlanego z tym przepisem mogłaby spowodować nieodebranie inwestycji przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Z ww. względów zdecydowano o zleceniu opracowania dokumentacji budowlanej, mającej umożliwić wykonanie wentylacji mechanicznej z rekuperacją. Z uwagi na braki w budżecie zamawiający przystąpił do wszczęcia procedury wyboru wykonawcy wentylacji mechanicznej z rekuperacją z początkiem 2013 r. W ocenie zamawiającego, wprowadzenie innego podmiotu na plac budowy spowodowałoby, że kierownik budowy zmuszony by został do przejścia odpowiedzialności za podmiot trzeci. W rozmowie z zamawiającym Inspektor nadzoru uznał, że ze względu na specyfikę realizacji zamówienia, tj.:

- konieczność zrealizowania inwestycji budowy całości hali w terminie ustalonym w umowie;

- konieczność montowania wentylacji jednocześnie z wykonywanymi instalacjom centralnego ogrzewania i elektrycznymi;

- konieczność zamontowania elementu wentylacji – centrali wentylacyjnej przez otwór w dachu nad częścią niższą budynku, co należy zrobić przed położeniem dachu oraz na odpowiedzialność dotychczasowego wykonawcy za całość zadania, niemożliwe jest wprowadzenie na plac budowy innego wykonawcy.

Zamawiający podniósł również, że zwrócił się do niezależnego eksperta w celu uzyskania obiektywnej opinii na temat możliwości wykonania instalacji wentylacji mechanicznej z rekuperacją przez inny podmiot. W opinii z dnia 5 kwietnia 2013 r. wydanej

przez MIPRO Biuro Techniczne wskazano, że celowym i niezbędnym było powierzenie wykonania tego zakresu robót dotychczasowemu wykonawcy obiektu z uwagi na wytworzenie się tymczasowego monopolu naturalnego. Zamawiający wskazał także, że względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej miały charakter zasadniczy i udzielenie zamówienia innemu wykonawcy byłoby ze względów technicznych niemożliwe. W ocenie zamawiającego wykonawca, któremu udzielono zamówienia był jedynym zdolnym do jego realizacji, a powyższe wynikało z obiektywnych faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.

Prezes UZP, powołując się na brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, wskazał, że przyczyny techniczne, o których mowa w tym przepisie, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego 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 obiektywny i nieprzewidywalny.

Prezes Urzędu podkreślił, że dla prawidłowego zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej efektywny. Zamawiający musi bowiem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest wobec tego ustalenie w sposób obiektywny i rzetelny przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do danego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie wykonać zamówienie. Sytuacja gdy na rynku działa dwóch lub większa liczba podmiotów potencjalnie mogących zrealizować dane zamówienie, automatycznie wyklucza możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przesłanka jednego wykonawcy musi mieć charakter obiektywny i dotyczyć sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca mogący zrealizować zamówienie.

Zdaniem Prezesa UZP, w okolicznościach postępowania będącego przedmiotem kontroli, wystąpiła sytuacja, gdy na rynku, obiektywnie rzecz biorąc, istnieją inni wykonawcy, zdolni zrealizować zamówienie. Nie budzi wątpliwości fakt, że rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające, były w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami zamawiającego.

Kontrolujący podniósł, że zamawiający nie wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, że z przyczyn

technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło zostać zrealizowane jedynie przez dotychczasowego wykonawcę. Uniknięcie podziału odpowiedzialności za realizowany obiekt, zaplecze budowy, sprzęt i materiały zgromadzone na placu budowy również nie dają podstaw do udzielenia zamówienia w tym trybie, podobnie jak względy ekonomiczne – ograniczenie i obniżenie kosztów eksploatacji. Przywołane przez zamawiającego argumenty z rozmowy z Inspektorem nadzoru również same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Przedłużenie terminu realizacji robót jest zjawiskiem dość częstym, które nie może stanowić obiektywnych przyczyn uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kontrolujący zauważył, że ustawa Pzp nie zezwala na tworzenie przez zamawiających sytuacji, które mogłyby prowadzić do sztucznej monopolizacji rynku. Fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym pragnienie realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 11 września 2014 r. (znak: IP.170.1.2014), które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 września 2014 r., zamawiający – Gmina Słupca - zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej dokonanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający przyznał, że szczegółowy opis trybu postępowania zamawiającego przy dokonywaniu wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, zawarty w Informacji o wyniku kontroli pokrywa się z argumentacją przedstawioną przez zamawiającego w pismach skierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wskazał, że decyzji o wyborze trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie oparł tylko na własnym subiektywnym przekonaniu, że tak będzie dobrze lecz dokonał tego po lekturze szeregu orzeczeń i komentarzy do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ww. ustawy. Jednocześnie zwrócił się do fachowców, aby wypowiedzieli się w kwestii możliwości zastosowania w tym konkretnym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki. Zarówno Inspektor nadzoru nad tą inwestycją - Jerzy Dyszak w piśmie z dnia 8 kwietnia 2013 r., jak i niezależny ekspert z dziedziny budownictwa mgr inż. Leszek Michalak w opinii z dnia 5 kwietnia 2013 r. potwierdzili uzasadnienie powierzenia wykonania wentylacji mechanicznej z rekuperacją dotychczasowemu wykonawcy obiektu, jako niezbędnego dla prawidłowej organizacji budowy oraz ze względów technicznych i technologicznych.

Zamawiający podniósł, że Prezes UZP nie odniósł się do stwierdzeń tych fachowców i nie wskazał, z jakich powodów ich argumentacja została pominięta przy rozpatrywaniu sprawy. Zamawiający podkreślił także, że fakt, iż z przyczyn technicznych roboty budowlane

mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę i to tylko przez wykonawcę budowy hali sportowo-widowiskowej znajduje oparcie w dokumentacji technicznej. W celu zobrazowania tych powiązań zamawiający załączył opinię sporządzoną przez inż. Przemysława Żurawickiego, wraz z częścią tej dokumentacji, przedstawiającą zastosowane rozwiązania techniczne, z której wynika, że sposób technologicznych powiązań z wykonywanymi przez firmę „MALINA” instalacjami centralnego ogrzewania i elektrycznymi warunkuje realizację robót budowlanych przez dotychczasowego wykonawcę, tj. Zakład Robót Budowlanych „MALINA” Stanisław Malina.

Zamawiający podniósł, że duże znaczenie dla analizowanej sprawy poprawności zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp mają dwie kwestie:

1. rekuperacja ze względu na jej powiązania technologiczne z instalacją elektryczną i centralnego ogrzewania musiała być wykonywana jednocześnie z budową całego obiektu, a nie po jego zakończeniu;
2. pierwotna Umowa na roboty budowlane zawarta z firmą „MALINA” nie przewidywała możliwości ograniczenia wykonawcy w zakresie dysponowania placem budowy.

Zdaniem zamawiającego, z powyższych argumentów wynika, że zamawiający nie mógł w żaden sposób (ani przepisy prawa ani umowa, ani specyfikacja tego nie przewidywały) zmienić umowy i oddać plac budowy innemu wykonawcy przed ukończeniem zakresu pierwotnej umowy.

Pismem z dnia 26 września 2014 r. Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zgłoszonych zastrzeżeń oraz podtrzymał stanowisko w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 września 2014 r. (pismo znak: UZP/DKD/PWKZ/421/44(5)/14/MJ).

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego, Prezes Urzędu wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, czy też wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż Prezes UZP oceniając stan faktyczny nie uwzględnił znajdujących się w dokumentacji kontroli opinii Inspektora nadzoru i niezależnego eksperta z dziedziny budownictwa. Prezes Urzędu, badając występujący w sprawie stan faktyczny, wziął pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Odnosząc się do opinii z dnia 10 września 2014 r. sporządzonej przez p. inż. Przemysława Żurawickiego, załączonej do pisma stanowiącego zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, Prezes Urzędu wskazał, że dokument ten został sporządzony oraz przesłany do UZP dopiero na etapie zastrzeżeń, co należy uznać za spóźnione.

Niezależnie od powyższego, Prezes Urzędu powtórzył, za Informacją o wyniku kontroli doraźnej stanowisko w zakresie możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp oraz przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01 na poparcie tego stanowiska. Zauważył, że wykonanie zamówienia w zakresie uzupełnienia wentylacji grawitacyjnej hali sportowo-widowiskowej o wentylację mechaniczną z rekuperacją mogło zostać wykonane również przez innych wykonawców, gdyż rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym.

Prezes UZP dodał także, że argumenty Inspektora nadzoru i niezależnego eksperta same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Również argument zamawiającego, że zlecenie robót dotychczasowemu wykonawcy nie było oparte na subiektywnym przekonaniu, nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W konsekwencji Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko, iż w kontrolowanym postępowaniu nie stwierdzono okoliczności potwierdzających, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze realizacja przedmiotowych robót mogła być powierzona wykonawcy – Zakład Usług Budowlanych „MALINA” Stanisław Malina, bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, a tym samym doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Stosownie do art. 167 ust. 2 Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, w dniu 26 września 2014 r. zastrzeżenia zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W dniu 7 października 2014 r. zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej pismo wyjaśniające w nawiązaniu do prowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania. Do ww. pisma zamawiający załączył: pismo Inspektora nadzoru, opinię sporządzoną przez mgr inż. Leszka Michalaka oraz opinię sporządzoną przez inż. Przemysława Żurawickiego.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego od wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego – Gminę Słupca - pismem z dnia 11 września 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na zadanie pn.: „Wentylacja mechaniczna hali sportowo-widowiskowej”.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że pismo wniesione przez zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2014 r. nie podlegało rozpoznaniu w ramach niniejszej opinii, jako wniesione po upływie ustawowego terminu do zgłoszenia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, określonego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podzieliła także stanowisko Prezesa UZP, że opinia z dnia 10 września 2014 r. sporządzona przez p. inż. Przemysława Żurawickiego, załączona do pisma stanowiącego zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, stanowi dokument przesłany do UZP dopiero na etapie zastrzeżeń, co należy uznać za spóźnione.

W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający nie kwestionował ustaleń faktycznych dokonanych w toku kontroli. Stan faktyczny w sprawie jest niesporny i został prawidłowo ustalony w wyniku przeprowadzonej kontroli. Sporna jest kwestia, czy roboty będące przedmiotem zamówienia, ze względu na szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze mogły być wykonane tylko przez jednego wykonawcę, tj. wykonawcę zamówienia podstawowego Zakład Usług Budowlanych „MALINA” Stanisław Malina.

Odnosząc się do wskazanej powyżej kwestii należy zauważyć, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera przepis art. 67 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

W okolicznościach przedmiotowego postępowania Izba stwierdziła, że zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia nie dają podstawy do uznania, że roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie wentylacji mechanicznej wraz z rekuperacją w hali sportowo-widowiskowej, mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a tym samym, że wypełnione zostały przesłanki

uprawniające do udzielenia tego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy wypełnione są jednocześnie dwie przesłanki:

1. muszą wystąpić przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze,
2. przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze powodują, że zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca.

Ze względu na fakt, że skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki jest jednym z wyjątków od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, przesłanki jego zastosowania podlegają ścisłej interpretacji i muszą być jednoznacznie wykazane przez zamawiającego.

Rozważając argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach oraz biorąc pod uwagę treść dokumentacji w przedmiotowej sprawie należy podkreślić, że zamawiający nie wskazał okoliczności potwierdzających, że wykonanie przedmiotowego zamówienia przez innego wykonawcę nie jest w ogóle możliwe. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany prawidłowo określić własne potrzeby oraz dać im jednoznaczny i wyczerpujący wyraz w opisie przedmiotu zamówienia. Zatem to zamawiający decyduje o parametrach technicznych i funkcjonalnych przedmiotu zamówienia oraz ustala zasady realizacji, niezależnie od tego jaki wykonawca będzie realizował zamówienie.

Fakt, że uzupełnienie wentylacji hali sportowo-widowiskowej o wentylację mechaniczną z rekuperacją jest łatwiejsze do wykonania przez wykonawcę robót budowlanych nie powoduje ograniczenia możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym na roboty uzupełniające. Niezależnie od zakresu i stopnia skomplikowania instalacji, zastosowanie znajdują tu rozwiązania techniczne powszechnie dostępne na rynku, a zatem możliwe było przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego na ten przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych przeszkód do udostępnienia potencjalnym wykonawcom dokumentacji technicznej obiektu oraz umożliwienia im zapoznania się z tym obiektem. Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że rynek usług budowlanych jest ukształtowany i konkurencyjny - istnieje wiele podmiotów, które posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie, aby zrealizować taki przedmiot zamówienia. Jednocześnie zamawiający nie wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wykonawca zaproszony do negocjacji.

Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców. Zamawiający nie zebrał zatem informacji uzasadniających odstąpienie od przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, a podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki, nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie przekonaniem, że powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego pozwoli na szybsze i sprawniejsze jego wykonanie.

Przywołane przez zamawiającego w zastrzeżeniach stwierdzenia Inspektora nadzoru nad inwestycją Jerzego Dyszaka, zawarte w piśmie z dnia 8 kwietnia 2013 r. oraz niezależnego eksperta z dziedziny budownictwa – mgr inż. Leszka Michalaka, zawarte w opinii z dnia 5 kwietnia 2013 r. nie są wystarczające do uznania, że w danej sytuacji zaistniały obiektywne przyczyny techniczne, które powodowały, że tylko jeden wykonawca mógł wykonać uzupełniającą wentylację. Fakt powiązań technologicznych z wykonywanymi instalacjami elektrycznymi i centralnego ogrzewania nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. W ocenie Izby, zamawiający przedstawiając powyższe stanowiska nie wykazał, że ze względu na wskazywane powyżej powiązania technologiczne ww. instalacji, istnieje na rynku budowlanym tylko jeden wykonawca, który jest zdolny wykonać wentylację mechaniczną z rekuperacją w obiekcie hali sportowo-widowiskowej. Przedstawione dokumenty odnoszą się raczej do względów ekonomicznych, techniczno-funkcjonalnych, organizacyjnych wynikających z powierzenia wykonania ww. robót dotychczasowemu wykonawcy, a nie rozstrzygają jednoznacznie kwestii, że nie ma jakiegokolwiek możliwości, aby żaden inny wykonawca, oprócz dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego, był zdolny do wykonania przedmiotu tego zamówienia.

Argumenty zamawiającego dotyczące czasu realizacji zamówienia i dobrej znajomości obiektu przez wykonawcę nie stanowią ustawowych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku tej kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby przedstawiona przez zamawiającego argumentacja nie uzasadnia spełnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, określonych w tym przepisie. Izba stwierdziła, że zastrzeżenia przedstawione przez zamawiającego w piśmie z dnia 11 września 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

J. Karłowicz
.....

Członkowie:

Honorata Lopiniowska
.....

L. C.
.....



**Na oryginalnie właściwe podpisy.
Za zgodność**

[Signature]
WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik