

sygn. akt: KIO/KD 81/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 września 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 sierpnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – **Gminę Wrocław, Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 sierpnia 2014 r., znak sprawy: UZP/DKUE/KD/21/2014, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Utrzymanie placu budowy Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu wraz z ogrodzeniem i infrastrukturą towarzyszącą w ramach zadania 03570 Budowa Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu**”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Emil Kawa

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 j.t. ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia skontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Pzp”, w okresie od dnia 4 lipca 2014 r. do dnia 22 sierpnia 2014 r., dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Wrocław, Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław, którego przedmiotem było „Utrzymanie placu budowy Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu wraz z ogrodzeniem i infrastrukturą towarzyszącą w ramach zadania 03570 Budowa Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu” (dalej: „Postępowanie”).

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 22 sierpnia 2014 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 2 Pzp.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

Zamawiający, w dniu 9 grudnia 2008 r., wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu (dalej „NFM”). Najkorzystniejszą w ww. postępowaniu okazała się oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (02-673), przy ul. Konstruktorskiej 11A, Marek Izmańłowicz prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „IWA” Marek Izmańłowicz z siedzibą w Płocku (09-402), przy ul. Wyszogrodzkiej 38b, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. z siedzibą we Wrocławiu (50-053), przy ul. Szewskiej 3, Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Hiszpania (dalej: „Konsorcjum Mostostal”), z którymi Zamawiający zawarł umowę w dniu 22 grudnia 2009 r.

Następnie, w dniu 5 października 2012 r., wzmiankowany powyżej kontrakt został przez strony rozwiązany. Protokolarne przekazanie terenu budowy nastąpiło w dniu 16 października 2012 r. Jak wynika z ustaleń zawartych w protokole:

1. Zamawiający stwierdził, że od dnia 15 października 2012 r. Konsorcjum Mostostal zdemontowało infrastrukturę elektryczną, z której zasilane było oświetlenie wewnątrz obiektu; w efekcie stwierdzono brak oświetlenia na 90% obiektu w stosunku do dnia poprzedniego, w rejonach budynku i parkingu podziemnego, co uniemożliwiło Zamawiającemu prawidłową ocenę i sprawdzenie szczegółowe stanu terenu budowy, szczególnie w kondygnacjach podziemnych,
2. Konsorcjum Mostostal zaprzeczyło oświadczeniu Zamawiającego i stwierdziło, że dysponuje oświetleniem przenośnym, przy pomocy którego można sprawdzić stan obiektu; zwróciło uwagę, że dnia 15 października 2012 r. otrzymało od Zamawiającego pismo, nr 151012-035701-PM-cwojl-1-przejęcie placu budowy-58577), w którym poinformował je, że w dniu 16 października 2012 r. nastąpi wyłącznie formalne przejęcie placu budowy, natomiast zasadnicza inwentaryzacja wszystkich robót, urządzeń i materiałów nastąpi w terminie późniejszym.

W dniu 19 października 2012 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie ekspertyzy mającej na celu określenie zakresu i sposobu niezbędnych prac zabezpieczających teren budowy. Zamawiający argumentował konieczność wszczęcia tej procedury trudnościami w ustaleniu stanu zaawansowania robót, wynikającymi z początkowego braku zasilania na terenie budowy, za co obarczył Konsorcjum Mostostal. Umowę z wykonawcą, którego oferta została wybrana (Politechnika Wrocławska) zawarto w dniu 20 listopada 2012 r., natomiast ekspertyza stanowiąca przedmiot zamówienia przekazana została Zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2012 r.

W związku z powyższym Zamawiający postanowił udzielić zamówienia publicznego objętego skontrolowaną przez Prezesa UZP procedurą, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dokonano w dniu 27 listopada 2012 r. na podstawie cen za realizację robót stanowiących przedmiot Postępowania, oferowanych przez dotychczasowego generalnego wykonawcę (Konsorcjum Mostostal) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę NFM.

W dniu 3 grudnia 2012 r. Zamawiający skierował do wykonawcy TKT Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-226), przy ul. Pryzmat 4 (dalej: „Wykonawca TKT”) zaproszenie do negocjacji. W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniach: 4, 6, 12 i 13 grudnia 2013 r. cenę za realizację przedmiotu zamówienia ustalono na kwotę 8.539.313,01 zł netto (2.142.418,61 €).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 14 grudnia 2012 r. (umowa nr ZP/ZWR/03570/03/2012, zwana dalej „Umową”). Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 250-413223 z dnia 29 grudnia 2012 r. Termin realizacji robót budowlanych i usług stanowiących przedmiot zamówienia, z wyłączeniem montażu okien, ustalono na 45 dni liczonych od dnia protokolarnego przekazania placu budowy. Ponadto przyjęto, że zakończenie realizacji montażu okien nastąpi w terminie wynikającym z uzgodnionego harmonogramu montażu, jednak nie później niż do dnia 15 maja 2013 r. Termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej został określony na 10 dni od dnia zakończenia robót, a w przypadku dokumentacji powykonawczej montażu okien – do dnia 30 maja 2013 r. Termin utrzymania placu budowy został określony do końca okresu obowiązywania umowy, to jest najpóźniej niż do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem możliwości wcześniejszego rozwiązania kontraktu.

W dniu 5 grudnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym jego zastosowania podał, iż w dniu 5 października 2012 r. uległa rozwiązaniu umowa łącząca go z Konsorcjum Mostostal, której przedmiotem była budowa NFM. W związku z tym zaszła konieczność niezwłocznego wykonania robót/prac, których niewykonanie mogło spowodować szkody materialne o znacznej wartości finansowej (skutki zniszczeń niezabezpieczonych elementów budowy) w wybudowanej części NFM oraz stan zagrożenia dla zdrowia i życia osób znajdujących się na terenie budowy, jak i w jej bezpośrednim sąsiedztwie. Ponadto Zamawiający wskazał, że ujemne temperatury oraz zwiększona wilgotność powietrza, występujące w okresie zimowym, działają niszcząco na zamontowane instalacje i urządzenia, w których medium przewodzącym jest woda. Według Zamawiającego zabezpieczenie tych instalacji miało szczególne znaczenie, gdyż mimo odpompowania z nich wody panowało w nich zawilgocenie, co w przypadku zamarznięcia mogłoby prowadzić do nieodwracalnych zniszczeń w postaci uszkodzenia połączeń gwintowanych, lutowanych i spawanych, uszkodzeń uszczelek, membran i innych części gumowych w urządzeniach i armaturze.

Z kolei w uzasadnieniu prawnym zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający wskazał, iż wyjątkowa sytuacja, której przyczyny powstania nie leżą po jego stronie i której nie mógł przewidzieć, wyniknęła z powodu rozwiązania umowy z konsorcjum Mostostal (generalnym wykonawcą inwestycji). Podkreślił, że jest to okoliczność, która zdarza się incydentalnie, a nawet posiadając wiedzę o tym, że możliwe jest taka ewentualność, Zamawiający nie mógł

podejmować racjonalnie kroków zmierzających do przygotowania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ nie wiedział kiedy rozwiązanie kontraktu nastąpi, a tym samym jaki zakres prac będzie niezbędny do wykonania. Zamawiający podał, że nie planował rozwiązania umowy z Konsorcjum Mostostal, a jego bezpośrednią przyczyną była jednorazowa czynność ww. w postaci złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

W odniesieniu do przesłanki niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówień publicznych Zamawiający podał, że mając na uwadze czas trwania postępowań w trybach podstawowych oraz czas niezbędny do przygotowania procedury nie mógł zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówień, gdyż przeciętny czas trwania postępowań, których przedmiotem są roboty budowlane o wartości powyżej progów unijnych, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy, dla przetargu nieograniczonego wynosił 105 dni, a dla przetargu ograniczonego – 233 dni, stąd zaistniała konieczność wyboru trybu niekonkurencyjnego.

Dokonując oceny przedstawionych powyżej okoliczności Kontrolujący stwierdził, że zgodnie z art. 10 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pozostałych trybach, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki, uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w przepisach Pzp. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Prezes podkreślił, że wskazany przepis umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

1. wyjątkowa sytuacja,
2. przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
3. sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
4. wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
5. nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Kontrolujący podkreślił dodatkowo, że pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

W ocenie Prezesa UZP, po pierwsze, w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza bowiem konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale nie wymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział inny tryb niż zamówienie z wolnej ręki (np. negocjacje bez ogłoszenia). Kontrolujący wyjaśnił, że art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, czyli pilnej potrzeby zawarcia umowy z wykonawcą (przepis ten nie odnosi się do czasu realizacji zamówienia), natomiast art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, czyli jego realizacji niemal „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana musi być koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków.

Prezes UZP wskazał, że powierzenie wykonania prac zabezpieczających nowemu wykonawcy odbyło się dopiero po niespełna 2 miesiącach od momentu przekazania terenu budowy Zamawiającemu, co w żadnej mierze nie ma odniesienia do natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia. Zwrócił ponadto uwagę terminy realizacji zamówienia. Jak wynika z postanowień umowy Zamawiający przewidywał 45-dniowy termin realizacji robót budowlanych i usług (z wyłączeniem montażu okien, dla których przewidziano termin realizacji do dnia 15 maja 2013 r.), 10-dniowy termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej od dnia zakończenia robót (w przypadku dokumentacji dotyczącej okien – do dnia 30 maja 2013 r.), oraz utrzymanie placu budowy do daty zakończenia obowiązywania umowy, to jest najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem jej wcześniejszego rozwiązania. Uwzględniając powyższe nie sposób było, w ocenie Prezesa UZP, uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym istotnie zaistniała sytuacja skutkująca koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia.

Po drugie, Kontrolujący zwrócił uwagę, że konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi ściśle wiązać się z określeniem niezbędnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przyjąć należy, iż zakres zamówienia udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp powinien dotyczyć wyłącznie prac koniecznych do zabezpieczenia najważniejszych aktualnych potrzeb zamawiającego. Potwierdza to treść art. 31 pkt 1c Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną”, gdzie wprost wskazano, iż zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Również art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp odnosi się do zamówienia, którego natychmiastowe wykonanie jest „wymagane”. Oznacza to, że zamówienie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu może być udzielone jedynie w zakresie niezbędnym do uniknięcia zagrożenia zdrowia i życia, istotnych szkód w mieniu lub środowisku.

W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, iż przedmiot zamówienia w Postępowaniu został określony w sposób przekraczający działania zmierzające do utrzymania i zabezpieczenia inwestycji. W trybie zamówienia z wolnej ręki Wykonawcy TKT udzielono bowiem także zamówienia na dostawę i montaż okien zewnętrznych wraz z izolacjami. W ekspertyzie sporządzonej przez Politechnikę Wrocławską przewidziano wprawdzie zabudowanie okien w ślusarce aluminiowej, ale opcjonalnie wobec foliowania okien na elewacji. Powyższe czynności zalecono do wykonania na okoliczność warunków zimowych (załącznik nr 6, pkt 4 wnioski końcowe). Co istotne, jak wynika z harmonogramu Zamawiającego, szklenie okien z dniem 7 stycznia 2013 r. miało rozpocząć się tylko na elewacji zachodniej, natomiast na pozostałych elewacjach zostały przyjęte odpowiednio: elewacja południowa – rozpoczęcie prac 7 lutego 2013 r., elewacja północna i wschodnia – rozpoczęcie prac 18 marca 2013 r. Trudno zatem, zdaniem Kontrolującego, zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że montaż okien był dokonywany w celu zabezpieczenia budynku w okresie zimowym, gdy prace szklarskie na połowie obiektu miały rozpocząć się w drugiej połowie marca 2013 r. Tym samym nie można uznać, że montaż okien był niezbędny w okolicznościach niniejszej sprawy i musiał być zlecony w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Po trzecie – zdaniem Prezesa UZP – nie można było przyjąć, że w sprawie niemożliwe było zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że przepis odnosi się nie tylko do trybów podstawowych, ale wszelkich trybów innych niż tryb z wolnej ręki. Oznacza to, że możliwe było udzielenie zamówienia także w trybie negocjacji bez ogłoszenia, który został przewidziany m. in. dla zamówień, które muszą być udzielone pilnie, a ponadto ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu i brak wyznaczonego ustawowo terminu składania ofert, umożliwiała w krótkim czasie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, pismem z dnia 28 sierpnia 2014 r., wniósł umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli (dalej: „Zastrzeżenia”) stwierdzając, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu określenia przedmiotu zamówienia w zakresie przekraczającym absolutnie konieczny do natychmiastowej realizacji (montaż stolarki okiennej) Zamawiający stwierdził, że pomimo, iż w ekspertyzie Politechniki Wrocławskiej zostały zaproponowane dwa alternatywne sposoby zabezpieczenia budynku NFM (ofoliowanie lub wstawienie okien w otworach w elewacji budynku), to w istocie istniał wyłącznie jeden sposób odpowiedniego do zagrożeń zabezpieczenia inwestycji. Trzeba było bowiem wziąć pod uwagę okoliczność, że czynnikami stanowiącymi największe zagrożenie dla nie zamkniętego budynku było zawilgocenie jego części podziemnej oraz fluktuacje temperatury. W celu wyeliminowania pierwszego z ww. czynników został zastosowany system otwartego ogrzewania i dynamicznego osuszania obiektu. Polegał on na tym, że zlokalizowane wewnątrz budynku (część podziemna) źródło ciepła miało za zadanie oddawanie ciepła do kubatury, co powodowało przechodzenie wilgoci w stan pary wodnej, która to para wodna była wydalana na zewnątrz budynku. Zamawiający podkreślił, że ofoliowanie otworów okiennych uniemożliwiłoby realizację powyższego celu, gdyż folie budowlane nie spełniają funkcji paroizolacyjnej w układzie z ogrzewaniem. Z uwagi na to, że żadna folia nie zapewnia izolacyjności termicznej, to temperatura folii jest zawsze zbliżona do temperatury ośrodka chłodniejszego (w tym przypadku powietrza na zewnątrz budynku). Zatem różnica temperatur pomiędzy folią a ciepłym i wilgotnym powietrzem znajdującym się wewnątrz budynku byłaby tak duża, że para wodna zawarta w powietrzu ulegałaby skraplaniu na powierzchni folii (zjawisko to określane jest w fizyce mianem punktu rosy). W konsekwencji woda transportowana z kondygnacji podziemnych w postaci pary wodnej zalegałaby na stropach w części przyokiennej, prowadząc do wtórnego zawilgocenia i zamakania konstrukcji obiektu, a temu zjawisku ogrzewanie otwarte miało zapobiec. Zamawiający dodał, że dynamikę transportu wody szacuje się nawet na 20 litrów na dobę dla kubatury pomieszczenia 20m^3 i wilgotności względnej powietrza w pomieszczeniu 80%. Przyjmując szacunkowo kubaturę części podziemnej ogrzewanej na 10000m^3 ilość wody transportowanej z powietrzem ogrzonym na kondygnacje nadziemne wynosi 10m^3 na dobę. Montaż okien pozwolił uniknąć skutków związanych z wystąpieniem punktu rosy, ponieważ okna stanowią konstrukcję zespoloną z dwóch szyb i pustki wewnątrz wypełnionej gazem szlachetnym. Taki układ zapobiega drastycznemu obniżaniu temperatury szyby wewnętrznej, a w następstwie wykraplaniu na jej powierzchni wody. Zamawiający zaznaczył, że w systemie osuszania istotne jest, aby przegroda nie stanowiła zupełnie szczelnej przeszkody dla zapewnienia powolnej ewakuacji wilgotnego ciepłego powietrza cyrkulującego w pomieszczeniach przyelewacyjnych na zewnątrz, co najczęściej uzyskuje się poprzez pozostawienie niektórych otworów okiennych częściowo i stale otwartych. Oznacza to, że realizację celu w postaci osuszania budynku znacznie utrudniłoby również

całkowite oszklenie budynku, a to z uwagi na brak wystarczających kanałów ewakuacji pary wodnej.

Przyjęty w Umowie i faktycznie realizowany harmonogram montażu okien w budynku NFM stanowił więc harmonogram optymalny z punktu widzenia osiągnięcia celu w postaci wyeliminowania nadmiaru wilgoci w podziemnych kondygnacjach budynku.

Zamawiający wyjaśnił następnie, że także dla zapobieżenia działaniu na budynek NFM drugiego najpoważniejszego czynnika destrukcyjnego w postaci znacznych fluktuacji temperatur, konieczne było zamontowanie okien. Podał, że folie nie są materiałem przeznaczonym w budownictwie do konstruowania przegród i izolacji termicznych, jakie były niezbędne dla sprawnego funkcjonowania systemu otwartego ogrzewania i dynamicznego osuszania obiektu, gdyż nie izolują od temperatury zewnętrznej, a tym samym nie pozwalają na podtrzymywanie temperatury w pomieszczeniu. Największe fluktuacje temperatury rosną od stycznia i występują w okresie marca i kwietnia (najwyższa dobowa amplituda powietrza). Działania Zamawiającego koncentrowały się na tym, aby w tym okresie było już zapewnione zamontowanie szyb zespolonych w ramach okiennych w przeważającej części budynku.

Zamawiający opisał również przebieg procesu technologicznego montażu stolarki okiennej i stwierdził, że pożądany stopień zamknięcia otworów zewnętrznych dla prawidłowego funkcjonowania ogrzewania otwartego i dynamicznego osuszania uzyskuje się już po upływie 37% czasu przewidzianego na cykl produkcyjny. Z technicznego punktu widzenia najistotniejsze więc było uzyskanie zamontowania szyb zespolonych w ramach okiennych w znacznej części okien przed okresem marzec-kwiecień, co należy odróżnić od wykonania całości prac montażowych (z których większość czasu pochłaniana jest przez prace wykończeniowe nie mające związku z osiągnięciem określonych parametrów izolacyjnych). W harmonogramie stanowiącym załącznik do Umowy wszystkie czynności (tj. montaż szyb zespolonych w ramach okiennych oraz dalsze czynności) zostały zbiorczo określone jako „szklenie okien”. W rzeczywistości rezultat w postaci zamontowania szyb udało się osiągnąć przed marcem w zdecydowanej części -obektu na co wskazują faktury wystawione przez Wykonawcę TKT i zaakceptowane przez Zamawiającego za styczeń, luty i marzec – na łączną kwotę ponad 4,1 mln złotych, a więc na ponad 70% wartości zamówienia :

Biorąc powyższe pod uwagę jedynie na marginesie Zamawiający wskazał, że:

1. sformułowanie „foliowanie” było błędne lub zostało użyte w ekspertyzie przygotowanej przez Politechnikę Wrocławską w znaczeniu potocznym, a autor nie sprecyzował o jaki typ folii/membrany może chodzić; na rynku są dostępne specjalistyczne membrany paro- i termoizolacyjne konfekcjonowane w rolkach,

ale przeznaczone do montażu na powierzchniach przegród stałych (ścianach, połaciach dachowych, stropach); wartość rynkowa metra kwadratowego takiej membrany może być zbliżona do ceny jednego metra kwadratowego szkła, a ich wytrzymałość jest niska i nie pozwala na uniknięcie rozerwania pod naciskiem (stąd zresztą wynika konieczność ich układania na powierzchniach przegród),

2. ofoliowanie otworów okiennych również wymagałoby poniesienia znacznych nakładów finansowych (Zamawiający oszacował je na blisko 276 tys. zł); konieczne byłoby zamówienie profili drewnianych, na których zamontowana byłaby folia oraz, z uwagi na brak stałości takiej konstrukcji, barierek ograniczających możliwość przypadkowego oparcia się o taką konstrukcję, a następnie poniesienie nakładów na demontaż i utylizację materiału z rozbiórki,
3. cykl produkcyjny w zakresie folii jest również cyklem długotrwałym; trzeba bowiem mieć na względzie, że folia, która miałaby spełniać jakąkolwiek funkcję ochronną powinna posiadać odpowiednie parametry, których nie posiadają folie znajdujące się w obrocie powszechnym,
4. w przypadku foliowania wszystkie użyte materiały byłyby materiałami straconymi, podobnie jak straconym byłby koszt robocizny zarówno przy wykonaniu foliowania, jak również poświęconej na demontaż.

Zamawiający podkreślił, że naczelną zasadą prawa zamówień publicznych jest oszczędność środków publicznych. Skoro więc w ekspertyzie Politechniki Wrocławskiej, jako sposób zabezpieczenia, zostały wskazane alternatywnie: wykonanie foliowania i oszklenia, to należało wybrać taki sposób, który pozwolił na uniknięcie wydatkowania środków publicznych na prace, które ze swej istoty będą musiały zostać zlikwidowane, a dodatkowo nie zapewniałyby osiągnięcia wymaganych celów.

W kwestii braku konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia Zamawiający oświadczył, że brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, jakoby w ramach zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp niezbędna była natychmiastowa realizacja całości zamówienia. Takie rozumienie tego przepisu ograniczałoby, w ocenie Zamawiającego, możliwość udzielania zamówienia w tym trybie wyłącznie do zamówień o charakterze jednorazowym, co jest nie do pogodzenia z zasadą racjonalności ustawodawcy. Nie ma, jego zdaniem, powodów, aby przyjmować, że udzielenie zamówienia po upływie 2 miesięcy od przekazania placu budowy świadczyć miało o tym, że zamówienie nie musiało być wykonane natychmiast. Zamawiający musiał przygotować Postępowanie i w tym celu między innymi skorzystać z fachowej wiedzy podmiotu trzeciego, tj. Politechniki Wrocławskiej, wyłonionego również w ramach postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Zamawiający zawarł więc Umowę najwcześniej jak tylko stało się to możliwe.

W dalszej kolejności Zamawiający stwierdził, że pomimo tego, iż okres realizacji zamówienia trwał przez pewien czas po zawarciu umowy, to rozpoczęcie wykonywania umowy konieczne było natychmiast. Zaznaczył, że w okolicznościach sprawy w pełni uzasadnione było wyznaczenie Wykonawcy TKT takich terminów realizacji, jak to zostało dokonane. Zauważył, że przywołane przez Prezesa terminy umowne, a więc 45-dniowy termin realizacji robót budowlanych i usług (z wyłączeniem montażu okien, co do którego termin realizacji został przewidziany do 15 maja 2013 r.), 10 dniowy termin dostarczenia dokumentacji powykonawczej od dnia zakończenia robót (w przypadku dokumentacji dotyczącej okien – do dnia 30 maja 2013 r.) oraz utrzymanie placu budowy najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r. były terminami końcowymi. Zadania wskazane w § 2 ust. 2.1. – 2.15. Umowy, dla których wyznaczono termin realizacji 45 dni to działania zmierzające do uruchomienia węzła cieplnego oraz źródła ciepła (ust. 2.1. – 2.11. kontraktu) niezbędnych dla osuszenia budynku NFM, w szczególności jego kondygnacji podziemnych, a tym samym zabezpieczenia budynku przed dewastacją, co było bardzo istotne w kontekście zbliżającego się okresu zimowego i faktu notoryjnego jakim są najniższe temperatury panujące w miesiącu styczniu. Działania te należało podjąć natychmiast po zawarciu umowy, aby zapewnić możliwość ogrzewania budynku celem realizacji otwartego ogrzewania i dynamicznego osuszania obiektu NFM od początku stycznia 2013 r. Temu samemu celowi służyło działanie wskazane w § 2 pkt 2.13. Umowy. Z kolei, jak to wyjaśnił Zamawiający, działania wskazane w § 2 ust. 2.14. i 2.15. Umowy miały na celu odprowadzenia wody z budynku i instalacji i również zostały określone mianem niezbędnych w opinii sporządzonej przez Politechnikę Wrocławską. Także w tym przypadku działania te należało podjąć natychmiast po zawarciu umowy, aby zapobiec zamarznięciu wody i niszczeniu konstrukcji i instalacji od początku stycznia 2013 r. (najzimniejszego miesiąca i realnego początku okresu zimowego).

Odnosząc się do kwestii terminu przewidzianego na montaż okien Zamawiający wskazał, że:

1. zawarcie w Umowie harmonogramu realizacji montażu okien w taki sposób, w jaki zostało to zrobione jest uzasadnione z technologicznego punktu widzenia,
2. z uwagi na długi cykl produkcyjny okien zawarcie Umowy mającej za przedmiot montaż okien w terminie późniejszym niż data, w której została ona zawarta uniemożliwiłoby osiągnięcie wskazanych powyżej celów (ochrona osuszonej już kubatury przed wilgocią oraz zabezpieczenie termiczne), ponieważ pomimo przewidzenia terminu zakończenia montażu okien do 15 maja 2013 r.,

wykonawca musiał rozpocząć jej wykonywanie (produkcja okien, zamawianie niezbędnych elementów) natychmiast po zawarciu umowy po to, aby osiągnąć zamierzony cel.

Zamawiający podkreślił, że cykl produkcyjny okien jest długotrwały, nie krótszy niż 3 miesiące, również z uwagi na to, że nie są to okna typowe, dostępne na rynku masowym. Okna te muszą zapewniać właściwą izolację oraz umożliwiać osiągnięcie odpowiedniego poziomu wyciszenia koniecznego dla zapewnienia właściwego nagłośnienia i akustyki w salach koncertowych NFM. Zaznaczył przy tym, że konieczne było rozpoczęcie szklenia okien już w styczniu 2013 r. po to, aby zabezpieczyć budynek przed silnymi wiatrami chłodzącymi z zachodu. Jednocześnie dla osiągnięcia skutku w postaci oszklenia znacznej części budynku do końca lutego, a więc przed rozpoczęciem się okresu znacznych fluktuacji temperatury, który to skutek został faktycznie osiągnięty, konieczne było zawarcie umowy nie później niż miało to faktycznie miejsce. Dodał, że po to, aby rozpocząć montaż okien na początku stycznia 2013 r. konieczne było wykorzystanie pewnych elementów okien, które były w dyspozycji podwykonawcy Konsorcjum Mostostal, to jest firmy Metalplast – Stolarka sp. z o.o., który to podmiot stał się również podwykonawcą Wykonawcy TKT. Na etapie składania oferty w Postępowaniu ww. posiadał już uzgodnienia co do pełnienia przez Metalplast funkcji podwykonawcy w zakresie montażu okien. Zamawiający podał, że co prawda umowę o podwykonawstwo z Metalplast mógł zawrzeć każdy wykonawca, również taki, który zostałby wybrany w trybie konkurencyjnym, jednak istotne jest to, że jej zawarcie w terminie późniejszym niż to faktycznie się stało, uniemożliwiłoby zachowanie ciągłości montażu, a więc kontynuowanie go w szczególności w miesiącu lutym 2013 r., a to z uwagi na długość cyklu technologicznego produkcji.

Zamawiający, w zakresie przesłanki braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia stwierdził, że prowadzenie postępowania w jakimkolwiek innym trybie nie gwarantowałoby zawarcia Umowy w terminie do dnia 14 grudnia 2012 r., a tym samym uniemożliwiłoby zabezpieczenie budynku NFM.

Zdaniem Zamawiającego trzeba było wziąć pod uwagę okoliczność, że po to, aby móc wszcząć postępowanie w jakimkolwiek trybie, konieczne było precyzyjne ustalenie przedmiotu zamówienia. Po to zaś, aby określić ten przedmiot niezbędne było zinventaryzowanie porzuconego (niezabezpieczonego) przez Konsorcjum Mostostal placu budowy oraz uzyskanie wiarygodnej informacji co do zakresu niezbędnych prac zabezpieczających, co niewątpliwie utrudnione było dodatkowo poprzez odłączenie przez Konsorcjum Mostostal oświetlenia. Objęte kontrolą Prezesa postępowanie zostało wszczęte zaproszeniem do negocjacji datowanym na 3 grudnia 2014 r. Było to jedynie 1,5 miesiąca po wydaniu przez Konsorcjum Mostostal placu budowy, które umożliwiło rozpoczęcie działań

celem zdiagnozowania faktycznego stanu, w jakim się znajduje i koniecznych do wykonania działań. Już 19 października 2012 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mające na celu wybór podmiotu, który opracuje ekspertyzę określającą niezbędne działania jakie powinien podjąć inwestor celem zabezpieczenia przed dewastacją budynku NFM. Ekspertyza ta została przekazana do wiadomości Zamawiającego dnia 3 grudnia 2012 r. (oficjalnie dnia 4 grudnia 2012 r.), co umożliwiło dokonanie w tym samym dniu zaproszenie Wykonawcy TKT do negocjacji. Zamawiający podkreślił, że nie można było wymagać od niego, aby przygotował postępowanie w skomplikowanym zakresie, wymagającym ustaleń faktycznych w kilka dni po powstaniu takiej potrzeby. Działania Zamawiającego powinny być postrzegane przez pryzmat racjonalności i należytej staranności w zakresie właściwego rozpoznania stanu faktycznego, zdiagnozowania zakresu koniecznych do wykonania prac, ich opisanie jak i oszacowania ich wartości. Prawidłowe i wykonane z zachowaniem należytej staranności wykonanie powyższych czynności nie może decydować o tym, że wykonaniu zamówienia odbiera się status koniecznego do wykonania natychmiast. Czynności przygotowawcze względem postępowania o udzielenie zamówienia zostały bowiem wykonane tak szybko jak było to możliwe, a były one niezbędne, aby w jakimkolwiek trybie wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia. Jednocześnie nie można podzielić poglądu o tym, że przewidzenie terminów realizacji w taki sposób, jak zostało to uczynione w umowie z Wykonawcą TKT, świadczy o tym, że mógł być przeprowadzony tryb konkurencyjny. Gdyby wszczęcie jakiegokolwiek z trybów konkurencyjnych nastąpiło dnia 3 grudnia 2012 r. (a wcześniej nie mogło z uwagi na okoliczności omówione powyżej związane z koniecznością przygotowania postępowania), to należałoby przyjąć, na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 r. (ostatni rok sprawozdawczy przed 2012), że w zależności od trybu, postępowanie byłoby prowadzone przez okres 105 dni (dla przetargu nieograniczonego), 233 dni (dla przetargu ograniczonego lub 246 dni (dla negocjacji z ogłoszeniem). Dodał, że średnia długość trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie sugerowanym w protokole pokontrolnym, a więc negocjacji bez ogłoszenia, nie została wskazana w Sprawozdaniu, jednak dla określenia tego okresu można pomocniczo użyć trybu negocjacji z ogłoszeniem odejmując liczbę dni przeznaczonych na czynności, które nie mają zastosowania w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia, a więc 30 dni na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i 10 dni na złożenie oferty wstępnej. Zakładając dodatkowo okres 3 tygodni na analizę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odejmując czasokresy przeznaczone na wszystkie ww. czynności, które nie mają zastosowania przy trybie negocjacji bez ogłoszenia, należałoby przyjąć, że czas trwania tego postępowania wynosiłby 186 dni, a więc ponad 6 miesięcy. Gdyby więc nawet wszcząć

to postępowanie w dniu 6 października 2012 r., to miało ono szansę znaleźć swoje rozstrzygnięcie dopiero w kwietniu 2013 r., co niweczyłoby sens zawarcia umowy, a jednocześnie doprowadziłoby do dewastacji mienia Zamawiającego. Podobnie inne tryby konkurencyjne nie umożliwiłyby zawarcia umowy w takim terminie, aby przy uwzględnieniu dodatkowo czasokresu cyklu produkcyjnego okien móc dokonać jakiegokolwiek zabezpieczenia budynku NFM.

W odpowiedzi Kontrolujący – pismem z dnia 12 września 2014 r. – podtrzymał dotychczasowe stanowisko i działając w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zd. drugie Pzp, przekazał Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn, o których mowa poniżej.

Nie może ulegać wątpliwości, że udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od reguły prymatu przetargowych trybów udzielania zamówień publicznych, wynikającej z przepisu art. 10 ust. 1 Pzp. Oczywiście jest również, że jak to wynika z art. 10 ust. 2 Pzp, zamawiający może posłużyć się innym niż przetarg nieograniczony i ograniczony trybem udzielania zamówień publicznych (w tym trybem zamówienia z wolnej ręki) wyłącznie w przypadkach określonych w Pzp (tj., w rozpatrywanej sprawie, w art. 5 ust. 1a i 1b oraz art. 67 ust. 1 Pzp). Nie wymaga, zdaniem Izby, dodatkowego komentarza, że w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae* przesłanki ich zastosowania nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej.

W niespornym między Zamawiającym, a Kontrolującym stanie faktycznym przedmiotowej sprawy podstawą wszczęcia Postępowania był przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby Prezes UZP trafnie zarzucił Zamawiającemu w Informacji, że nie wykazał on konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Literalna wykładnia tego sformułowania nasuwa wniosek, że objęte są nią sytuacje, w których przedmiot zamówienia musi zostać wykonany niemalże natychmiast po udzieleniu zamówienia publicznego (zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). W tym przypadku nacisk

położony został na szybkość osiągnięcia przez zamawiającego pożądanego efektu w postaci realizacji zamówienia publicznego. Gdyby natomiast było tak, jak stwierdził Zamawiający w Zastrzeżeniach, że efekt w postaci natychmiastowego wykonania zamówienia publicznego nie był warunkiem *sine qua non*, to – kierując się dyrektywą racjonalnego ustawodawcy – w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp użyte zostałyby inne pojęcie, jak chociażby „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp. W takiej sytuacji punktem odniesienia jest jak najszybsze zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (w ten sposób dochodzi do pilnego udzielenia zamówienia), nie zaś realizacja przedmiotu takiego kontraktu.

Tymczasem, jak ustalono w toku kontroli, Zamawiający udzielił zamówienia w dniu 14 grudnia 2012 r. (data zawarcia Umowy). Przedmiot zamówienia obejmował m.in. dostawę i montaż stolarki okiennej w budynku NFM, która – w przeciwieństwie do pozostałych powierzonych przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki prac – miała zostać wykonana do dnia 15 maja 2013 r. Wobec powyższego, nie kwestionując potrzeby zabezpieczenia inwestycji przed szkodliwym oddziaływaniem warunków atmosferycznych oraz innych argumentów konsekwentnie powoływanych przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, że nie sposób mówić o zrealizowaniu opisanego powyżej celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której wykonanie zamówienia przewidziane zostało *de facto* po upływie 5 miesięcy od udzielenia zamówienia.

Nie miała przy tym znaczenia argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą cel montażu stolarki okiennej (przeciwdziałanie zawilgoceniu części podziemnej inwestycji i fluktuacjom temperatury) został osiągnięty już po 37% czasu niezbędnego dla jego pełnego wykonania (*vide* przedstawiona w zastrzeżeniach Zamawiającego tabela opisująca przebieg procesu technologicznego montażu stolarki okiennej). Inaczej byłoby w sytuacji, gdyby ten element przedmiotu zamówienia był realizowany na całym budynku NFM równocześnie, podczas gdy – zgodnie z harmonogramem montażu okien stanowiącym załącznik nr 7 do Umowy – jego wykonanie miało miejsce etapowo (od dnia 7 stycznia 2013 r. na elewacji zachodniej, od dnia 7 lutego 2013 r. na elewacji południowej i od dnia 18 marca 2013 r. na elewacji północnej i wschodniej). Także zatem z tego względu nie sposób mówić o działaniu w celu natychmiastowego zabezpieczenia terenu inwestycji przed szkodami materialnymi, na co powoływał się Zamawiający.

Nie można było pominąć również okoliczności, że – zgodnie z treścią opinii sporządzonej na zlecenie Zamawiającego przez Instytut Budownictwa Politechniki Wrocławskiej (pkt 4 ppkt 4.1) – pilne do wykonania prace (w tym alternatywnie – montaż stolarki okiennej lub ofoliowanie otworów okiennych) miały zostać wykonane

w związku ze zbliżającą się zimą. Nie sposób uznać, że w sytuacji, w której zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpiło zasadniczo pod koniec okresu zimowego cel, na który powoływał się Zamawiający, został osiągnięty.

Z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia immanentnie związana jest kwestia jego niezbędnego zakresu, ponieważ nie jest tak, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielanego w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, możliwa jest realizacja wszystkich zamierzeń inwestycyjnych. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamówienie udzielane jest w warunkach wyjątkowej sytuacji, której zaistnienie na gruncie przedmiotowej sprawy nie zostało przez Kontrolującego zakwestionowane. Takie szczególne okoliczności wywołujące potrzebę natychmiastowego działania zmierzającego do zapobieżenia ich negatywnym następstwom powodują, że zamówienie publiczne realizowane na podstawie ww. przepisu Pzp obejmować powinno tylko niezbędny (konieczny) zakres umożliwiający osiągnięcie tak rozumianego celu jego udzielenia. Prezes UZP zasadnie powołał się w tym zakresie na przepis art. 31 pkt 1 lit. c Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania stwarzałoby możliwość realizacji potrzeb zamawiających (np. kontynuowania rozpoczętych inwestycji) i zarazem wydatkowania środków publicznych z pominięciem rygorów właściwych chociażby podstawowym trybom udzielania zamówień publicznych, które to obostrzenia mają zapewniać konkurencyjność na rynku zamówień publicznych.

Mając na względzie przedstawione powyżej rozważania Izba uznała, że udzielenie zamówienia publicznego obejmującego dostawę i montaż stolarki okiennej w budynku NFM (*nota bene* za wynagrodzenie stanowiące niemalże 40% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy TKT należnego za realizację przedmiotu umowy – patrz: załączone do zastrzeżeń Zamawiającego faktury VAT oraz treść § 9 ust. 3 Umowy) nastąpiło z przekroczeniem niezbędnego zakresu zamówienia wynikającego z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. We wspomnianej wcześniej opinii Instytutu Budownictwa Politechniki Wrocławskiej, w związku z koniecznością zabezpieczenia inwestycji na okres zimowy, przewidziano alternatywę w postaci montażu stolarki okiennej i ofoliowania otworów okiennych. Obowiązkiem Zamawiającego był zatem wybór rozwiązania, którego efekt w postaci jego realizacji będzie do osiągnięcia natychmiastowo i które nie będzie wykraczało ponad uzasadnioną okolicznościami faktycznymi potrzebę. Zamawiający – oceniając możliwe rozwiązania w kontekście powyższych aspektów i wybierając ostatecznie pierwsze z nich – błędnie, w ocenie Izby – skoncentrował się wyłącznie na nim, nie dokonując przy tym rzetelnego porównania wynikających ze wspomnianej opinii

alternatywnych sposobów postępowania. Natomiast twierdzenia dotyczące kosztów związanych z wyborem drugiego z dopuszczonych opinią rozwiązań nic do sprawy nie wniosły, skoro Zamawiający porównał wyłącznie ceny metra kwadratowego folii i szkła stwierdzając wyłącznie, że mogą być one zbliżone (pkt I ppkt 1 Zastrzeżeń), podczas gdy nie może ulegać wątpliwości, że nie są to jedyne konieczne do poniesienia koszty związane z wyborem jednej z omawianych opcji. Izba zwróciła przy tym uwagę, że sam Zamawiający oszacował całkowite koszty ofoliowania otworów okiennych w budynku NFM na kwotę blisko 276 tys. zł (pkt I ppkt 2 Zastrzeżeń), co – wobec wydatków poniesionych na dostawę i montaż stolarki okiennej (ponad 4 mln zł) – jest kwotą niewspółmiernie niską. Potwierdza to, w ocenie Izby, że Zamawiający bez uzasadnionej koniecznością natychmiastowego przeciwdziałania negatywnym konsekwencjom związanym z oddziaływaniem warunków atmosferycznych przyczyny zdecydował się na rozwiązanie znacznie droższe i niemogące zostać zrealizowane natychmiast, co wykracza poza konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Zamawiającego, że decyzja o ofoliowaniu otworów okiennych spowodowałaby *de facto* utratę poniesionych na nie środków pieniężnych (pkt I ppkt 4 Zastrzeżeń) Izba wskazuje, że w sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp pierwszorzędne znaczenie ma zapobieżenie groźbie powstania szkód (osobowych lub rzeczowych), bądź powiększenia się rozmiaru szkód już istniejących, wobec czego uprawnione jest stwierdzenie, że w takim szczególnym przypadku podjęte działania i związane z nimi nakłady finansowe nie zawsze muszą stanowić optymalne, czy też trwałe rozwiązania, a jedynie takie, które przede wszystkim realizują cel, dla osiągnięcia którego zostały podjęte. W tym trybie udzielenia zamówienia publicznego mogą być zatem przedsięwzięte środki doraźne, czy też tymczasowe, na co wskazuje wymóg ich natychmiastowego zrealizowania. W konsekwencji Izba stwierdziła, że *ad casum* Zamawiający nie powinien na tej podstawie podejmować decyzji o wyborze rozwiązania polegającego na montażu stolarki okiennej na obiekcie NFM i tłumaczyć go koniecznością zabezpieczenia mienia przed szkodami materialnymi o znacznej wartości, czy uchylenia stanu zagrożenia dla życia i zdrowia osób znajdujących się na terenie budowy oraz w jej bezpośrednim sąsiedztwie (patrz: ust. 3 Protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki). Zamawiający obrał bowiem sposób postępowania, który nie tylko nie doprowadził do natychmiastowego wykonania zamówienia, jak na to wskazuje przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale stanowił w istocie nieuzasadnione okolicznościami kontynuowanie inwestycji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....