

Sygn. akt: KIO/KD 37/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 kwietnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 kwietnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 21 marca 2014 r., (znak: UZP/DKD/WKZ/421/25(2)/14/LB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pistoletów maszynowych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” z dnia 21 marca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie”.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie zamówienia na dostawę pistoletów maszynowych.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, iż zamawiający, tj. Ministerstwo Finansów, nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 18 maja 2012 r. przez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie CENREX Sp. z o.o. w Warszawie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 21 czerwca 2012 r. z firmą CENREX Sp. z o.o. w Warszawie w przedmiocie dostawy 24 fabrycznie nowych i wyprodukowanych w 2012 r. pistoletów maszynowych MP5A3, kal. 9x19 mm Parabellum, produkcji niemieckiej firmy Heckler&Koch o samoczynnym i samopowtarzalnym rodzaju ognia, z kolbą wysuwaną o trzech punktach zablokowania oraz obustronnym bezpiecznikiem skrzydełkowym.

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania zamawiający wyjaśnił, iż jedynym w Polsce dystrybutorem uprawnionym do wprowadzania na rynek Polski tego typu pistoletów maszynowych jest firma CENREX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zatem, zdaniem zamawiającego, dostawę ww. pistoletów mógł zrealizować jedynie ww. wykonawca. Jak wskazał zamawiający, analiza rynku przeprowadzona przed dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia wykazała, że nie istnieją równoważne produkty innych wykonawców, które spełniałyby wszystkie wymagania zamawiającego. Dodatkowo zauważył, iż przy dokonywaniu wyboru pistoletów maszynowych MP5A3, kal. 9x19 mm Parabellum kierował się m.in. cechami technicznymi i bezpieczeństwem oraz kompatybilnością techniczną z posiadanymi już pistoletami maszynowymi.

Zamawiający stwierdził, iż na etapie przygotowania postępowania był już w posiadaniu pistoletów maszynowych MP5 wraz z osprzętem w postaci zestawów konwersyjnych, pozwalających używać treningowej amunicji barwiącej, dedykowanej jedynie do tej broni. Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, wybór innych pistoletów maszynowych dostępnych na rynku spowodowałby konieczność nabycia innego osprzętu o innych parametrach technicznych, co skutkowałoby niekompatybilnością techniczną i

dużymi trudnościami technicznymi w użytkowaniu. Ponadto, zamawiający wziął pod uwagę koszty szkolenia i czas potrzebny na przygotowanie osób do obsługi nowej broni.

W Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. 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 przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał 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).

Nadto dodał, iż stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Zamawiający musi przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

Tymczasem, w ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia na dostawę pistoletów maszynowych. Z analizy dokumentów oraz wyjaśnień nie wynika, aby w niniejszej sprawie istniały obiektywne przyczyny techniczne powodujące, że przedmiotowe zamówienie mogło zostać powierzone wyłącznie jednemu podmiotowi -

to jest firmie CENREX Sp. z o.o. w Warszawie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Przedmiotowe zamówienie w zakresie dostawy pistoletów maszynowych mogło bowiem zostać wykonane w sposób należyty również przez innych wykonawców, niż wskazany CENREX Sp. z o.o. W ocenie Prezesa Urzędu, przeprowadzona weryfikacja rynku w zakresie ww. przedmiotu zamówienia, w wyniku której zamawiający uznał, iż jedynym licencjonowanym w Polsce dystrybutorem, uprawnionym do wprowadzenia na rynek jest CENREX Sp. z o.o., jak również wcześniejsze posiadanie przez zamawiającego pistoletów maszynowych MP5 wraz z osprzętem, czy też zachowanie kompatybilności technicznej z posiadanymi już pistoletami maszynowymi nie uzasadniały zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. przepis. Powyższe argumenty podniesione przez zamawiającego, nie są bowiem związane z obiektywnym faktem funkcjonowania na rynku wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia. Należy podkreślić, iż nie mogą istnieć żadne wątpliwości dotyczące tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. Tym samym, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, na co w przedmiotowej sprawie wskazał zamawiający porównując broń firm: Fabryka Broni „Łucznik” w Radomiu, B&T (Brügger-Thomet AG), H&K (Heckler&Koch), Česká Zbrojovka, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Jest ono bowiem najlepszym sposobem weryfikacji rynku. Nie ulega wątpliwości, iż rynek w zakresie dostaw pistoletów maszynowych jest rynkiem konkurencyjnym. Firmy zajmujące się produkcją (dystrybucją) pistoletów maszynowych to m.in. Genzin Sp. z o.o., Brügger & Thomet (B&T), Bumar Sp. z o.o., Fabryka Broni „Łucznik” Radom Sp. z o.o. Potwierdzają to również ogłoszenia o zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (np. Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie - ogłoszenie 2012/S - 097416, Izba Celna w Białej Podlaskiej - ogłoszenie BZP nr 52556 z 2013 r., Ministerstwo Sprawiedliwości Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie - ogłoszenie BZP nr 100257 z 2013 r.). A zatem, zamawiający nie może poprzez swoje działanie doprowadzać do sytuacji, która w sposób sztuczny ogranicza dostęp do wykonania zamówienia publicznego przez innych wykonawców.

Prezes Urzędu wskazał, iż właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu i opisując przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim potrzebom, zamawiający jest w stanie wyłonić wykonawcę, który wykona zamówienie

w sposób prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze warunki. W ten sposób przeprowadzone postępowanie daje gwarancję wyłonienia wykonawcy przy zachowaniu określonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie, Prezes Urzędu zauważył, że zamawiający analizując wystąpienie okoliczności określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp powinien wziąć pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich GPA. Tym samym, nie było żadnych przeszkód, aby zamawiający opisał swoje potrzeby w sposób umożliwiający dostawę broni o określonych funkcjach, a także aby wybór ich dostawcy mógł być dokonany w trybie konkurencyjnym.

Argument wskazujący, iż na etapie przygotowania postępowania zamawiający był już w posiadaniu pistoletów maszynowych MP5 wraz z osprzętem, co w konsekwencji udzielenia zamówienia pomiotowi innemu niż wskazany wykonawca spowodowałoby niekompatybilność techniczną i duże trudności techniczne w użytkowaniu w przypadku zakupu innych pistoletów maszynowych oraz zakup innego pistoletu maszynowego wygenerowałby dodatkowe koszty szkolenia i czas potrzebny na przygotowanie osób do obsługi nowej broni nie stanowi, jak stwierdził Prezes Urzędu, podstawy do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu - argument ten nie jest związany z obiektywnym faktem funkcjonowania na rynku wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia.

Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, brak jest okoliczności potwierdzających, iż istnieją specyficzne okoliczności powodujące, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze realizacja przedmiotowego zamówienia mogła zostać powierzona CENREX Sp. z o.o. w Warszawie bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej. Prezes Urzędu podkreślił, że ustawa Pzp nie zezwala na tworzenie przez zamawiających sytuacji, które mogłyby prowadzić do sztucznej monopolizacji rynku.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji powyższego, Prezes Urzędu stwierdził też naruszenie przez zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli wskazując, że po przeprowadzeniu analizy rynku dostawców tego rodzaju sprzętu ponad wszelką wątpliwość ustalono, że kryteria te spełnia tylko jeden producent, który jednocześnie posiada tylko jednego wyłącznego dystrybutora na terenie Polski. Okoliczność ta została potwierdzona oświadczeniem wykonawcy i nie została zakwestionowana w trakcie kontroli. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia jest zatem oczywiste i wynika z obiektywnych, nie budzących

wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C - 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), dla prawidłowego zastosowania trybu udzielenia zamówienia negocjacji z jednym wykonawcą nie jest wystarczające, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

Zamawiający stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu w przedmiocie zamówienia określonego w oparciu o zobiektywizowane potrzeby zamawiającego niewątpliwie nie istnieli inni wykonawcy zdolni do zrealizowania zamówienia. Jak zauważył zamawiający, poza wszelkimi wątpliwościami orzecznictwa i doktryny pozostaje kwestia, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia, jak również wskazać warunki i parametry, które zamawiany przedmiot musi spełniać. Fakt, iż konkretny wykonawca może nie spełnić tych warunków, albo byłoby to dla niego zbyt kosztowne, nie oznacza działania zamawiającego niezgodnie z prawem.

Podkreślenia wymaga, w ocenie zamawiającego, fakt, iż informacja o wyniku kontroli w żaden sposób nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez zamawiającego wskazując jedynie na potencjalną wielość wykonawców mogących dostarczyć pistolety maszynowe. Kontrolujący abstrahował jednak od szczegółowych uwarunkowań związanych z przedmiotem zamówienia - wskazując na wielość podmiotów mogących zrealizować zamówienie odniósł się do dostaw jakichkolwiek pistoletów maszynowych, a nie tych opisanych przez zamawiającego. Powoduje to, że ustalenia poczynione w trakcie kontroli pozostają w sprzeczności z rzeczywistą sytuacją rynkową zaistniałą w przedmiotowej sprawie, jaką było i jest istnienie monopolu jednego wykonawcy w zakresie dostaw pistoletów maszynowych MP5A3 na rynek Polski. Okoliczność ta została poparta jednoznacznym oświadczeniem ze strony wykonawcy - firmy CENREX Sp. z o.o. i nie budziła wątpliwości kontrolującego. Wątpliwości takie może jednak budzić zawarte w ustaleniach kontrolnych sformułowanie, z którego zdaje się wynikać, iż wskazany dostawca może dostarczyć pistolet maszynowy dowolnej marki i modelu, jak również pistolety MP5A3 mogą zostać dostarczone przez dowolnego wykonawcę posiadającego uprawnienia do handlu bronią. Twierdzenie to w podsumowaniu informacji pokontrolnej stało się podstawą kwestionowania spełnienia w przedmiotowej sprawie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt

1 lit. a ustawy Pzp, czyli zaistnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze przesądzających o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, iż ustalenia kontroli opisując wskazaną powyżej przesłankę trybu zamówienia z wolnej ręki opierają na pojęciach pozaustawowych. W przedstawionym dokumencie wskazano na konieczność *istnienia* „szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe”. Podkreślając fakt, iż ustawa wskazuje jedynie na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, zawarta w wyniku kontroli interpretacja w sposób zasadniczy i nieuprawniony zawęża przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Uznając zatem prawo zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia a jednocześnie mając na uwadze fakt, iż kontrola nie zakwestionowała opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający uznał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pistoletów maszynowych zostały spełnione przesłanki prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń. Prezes Urzędu wskazał, że w informacji o wyniku kontroli nie zostało podniesione, iż pistolety MP5A3 mogą zostać dostarczone przez dowolnego wykonawcę posiadającego uprawnienia do handlu bronią - w informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu podniósł jedynie, iż rynek w zakresie dostaw broni maszynowej jest rynkiem konkurencyjnym. Na rynku istnieją również inne podmioty oferujące broń maszynową. Tym samym, nie było przeszkód, aby zamawiający opisał wymagania techniczne w sposób umożliwiający uzyskanie sprzętu o określonych parametrach, a wybór ich dostawcy mógł być dokonany w trybie konkurencyjnym. Tryb konkurencyjny jest bowiem najlepszym sposobem weryfikacji rynku. W konsekwencji, w ocenie Prezesa Urzędu, nie można w badanym stanie faktycznym uznać, iż sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia jest tak specyficzny pod względem technicznym, że jego dostawa mogła być zrealizowana wyłącznie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Oczywiście jest, że poszczególne pistolety maszynowe różnią się pomiędzy sobą elementami technicznymi, które mogą być istotne dla zamawiającego. W takim jednak przypadku, odpowiednie funkcjonalności lub parametry zamawiający powinien określić w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jednym z trybów podstawowych. Wówczas każdy z zainteresowanych wykonawców miałby możliwość złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, jak również dostosowania swojego sprzętu do wymogów zamawiającego.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego związanego z posiadanym oświadczeniem wykonawcy CENREX Sp. z o.o. w Warszawie o tym, iż jest on wyłącznym dystrybutorem pistoletów maszynowych MP5A3, kal. 9x19 mm Parabellum, produkcji niemieckiej firmy Heckler&Koch, Prezes Urzędu wskazał, iż powyższe nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki. Należy stwierdzić, iż zamawiający nie może opierać swojego przekonania o możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki wyłącznie na podstawie oświadczenia składanego przez wykonawcę, któremu zamówienie ma zostać udzielone, w sytuacji, gdy na rynku obecni są również inni wykonawcy oferujący pistolety maszynowe.

Ponadto, jak zauważył Prezes Urzędu, w informacji o wyniku kontroli nie została podważona celowość udzielenia zamówienia, lecz brak zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 14 kwietnia 2014 r. do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba uznaje ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poczynione w niniejszej sprawie za prawidłowe i przyjmuje je za własne.

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp ustanawia prymat trybów konkurencyjnych w procesie udzielania zamówień publicznych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp), zatem zasadą winno być udzielanie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego albo ograniczonego. Co za tym idzie, udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie należy traktować jako wyjątek od reguły, co potwierdza sam ustawodawca warunkując możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej zaistnieniem przesłanek określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, na który powołał się zamawiający udzielając zamówienia, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisie ciąży na zamawiającym. To zamawiający zobowiązany jest wykazać zaistnienie owych „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi, przy czym powołanie się na tą przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia. „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 dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi (...)” (wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01).

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał, iż jedynie CENREX Sp. z o.o. jest w stanie zrealizować zamówienie. Swoje przeświadczenie o powyższym zamawiający oparł na oświadczeniu CENREX Sp. z o.o., które jako oświadczenie podmiotu zainteresowanego realizacją zamówienia, z zasady nie ma charakteru obiektywnego. Podkreślić należy, że zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z ostrożnością, a ziszczenie się przesłanek uprawniających do zastosowania przedmiotowej instytucji winno być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości - nie mogą istnieć żadne wątpliwości co do tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał ponad wszelką wątpliwość zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, do czego był zobowiązany.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....