

Warszawa, dnia

2016 r.

UZP/DKD/WKZ/421/37()/16/SO
KNZ/17/16/DKD

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie
ul. Centralna 53, 31-586 Kraków

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy
Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 7.418.293,27 zł (1.755.850,62 euro)

Środki UE: nie

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, czyli 20 kwietnia 2015 r.

W dniu 3 września 2012 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą ... została zawarta umowa o wykonanie zamówienia podstawowego pn.: *Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, nr umowy: 505/ZIKiT/2012.

W dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający zawarł umowę o wykonanie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki z Wykonawcą ... , a dnia 19 maja 2015 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu niniejszego zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, iż zamówienie z wolnej ręki, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę – ... , tj. Wykonawcę, który w ramach umowy nr 505/ZIKiT/2012 z dnia 3 września 2012 r., został Wykonawcą zamówienia podstawowego (nr 10/II/2012) pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*.

Zamawiający wskazał zakres robót budowlanych zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki:

- 1) rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim wraz z dostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w zakresie budowy i przebudowy schodów, budowy szybów windowych;
- 2) przebudowa i budowa instalacji wewnętrznych – elektrycznej, oświetleniowej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej, wentylacyjnej, CCTV, p.poż.;
- 3) budowa przyłącza i instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji ogólnospławnej i przykanalików;
- 4) budowa przyłącza i instalacji wodociągowej.

Potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki Wykonawcy zamówienia pn. *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B*, Zamawiający argumentował możliwością wystąpienia negatywnych skutków w przypadku realizacji zamówienia przez innych przedsiębiorców, niż wskazany ... Zaliczył do nich:

1. Możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego, na skutek ingerencji innych przedsiębiorstw w takie elementy konstrukcyjne przejścia, jak strop, ściany czy elementy odwodnienia klatek schodowych. Zdaniem Zamawiającego, doprowadziłoby to do rozproszenia odpowiedzialności za wykonane roboty i wiązałoby się z koniecznością dochodzenia praw gwarancyjnych na drodze sądowej oraz kosztownym obowiązkiem powoływania biegłych.
2. Konieczność rozbiórki pewnych elementów, wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, w przypadku wyboru innego Wykonawcy niż wskazany przez Zamawiającego.
3. Konieczność ingerencji w konstrukcję nośną przejścia w przypadku realizacji elementów konstrukcyjnych i przyłączy mediów do pomieszczeń szaleń miejskich, pomieszczeń handlowych, pomieszczeń na odpady i pomieszczeń monitoringu po zakończeniu robót zasadniczych.
4. Brak dojścia do peronu tramwajowego zlokalizowanego na kierunku Al. Pokoju na skutek niewykonania klatki schodowej S6, w miejscu istniejącego WC, przed zakończeniem robót objętych zamówieniem podstawowym.
5. Utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia oraz czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na odcinku, którego dotyczą roboty, w związku z rozdzieleniem zakresu robót w obrębie przebudowy Ronda Czyżyńskiego na dwóch Wykonawców.
6. Niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót założonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w przypadku zlecenia dodatkowego zakresu robót innemu Wykonawcy, ponieważ kontrakt realizowany jest ryczałtowo. Zdaniem Zamawiającego, w przypadku realizacji robót dodatkowych przez dotychczasowego Wykonawcę będzie możliwe zbilansowanie robót niewykonanych z dodatkowym zakresem robót, co obniży koszt realizacji całości robót budowlanych.
7. Brak możliwości ustalenia dwóch kierowników budowy w obrębie realizacji przedmiotowych robót budowlanych i brak obowiązku przejęcia odpowiedzialności

za nadzór i koordynację dodatkowych robót budowlanych, prowadzonych przez innego Wykonawcę, przez kierownika robót dotychczasowego Wykonawcy.

8. Zagrożenie związane z „fatalnym” stanem technicznym i estetycznym istniejącego przejścia, niespełnianiem współczesnych wymagań funkcjonalnych i technicznych oraz niedostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych. Zamawiający podnosił, że stan przejścia nie odpowiada standardom przewidzianym w Rozporządzeniu Ministra transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.
9. Nieefektywne wykorzystanie środków publicznych oraz negatywny wydzźwięk społeczny – zdaniem Zamawiającego realizacja przebudowy przejścia podziemnego w ramach kontraktu głównego pozwoli uniknąć strat związanych z koniecznością demontażu pewnych elementów konstrukcyjnych, które ukończone zostaną w ramach zamówienia głównego oraz pozwoli oddać obiekt do użytkowania w wyznaczonym terminie.

Zamawiający poinformował także, że nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp *zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą*. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn.. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, czyli 20 kwietnia 2015 r. wynika, iż Zamawiający

może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Przyczyny techniczne, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, 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 nieprzewidywalny.

Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres¹ lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu².

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny Wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany Wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni Wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

¹ Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121).

² Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w zakresie obejmującym rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na Rondzie Czyżyńskim w związku z realizacją inwestycji pn.: *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B.*

Przepis 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 mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez Wykonawców innych, niż ... w Warszawie. Rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające, byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający nie wskazał, ani w zawiadomieniu, ani w przesłanych wyjaśnieniach żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie zamówienia mogło być zrealizowane jedynie przez Wykonawcę zamówienia pn. *Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, Etap B.* Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (takie jak konieczność rozbiórki pewnych elementów wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, brak dojścia do wskazanego peronu, utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia, czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na wskazanym odcinku, niemożność ustanowienia dwóch kierowników budowy – związane z wyborem innego Wykonawcy, niż wskazany przez Zamawiającego) oraz gospodarcze (takie jak niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót, wzrost kosztu całości robót budowlanych), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Powyższe potwierdziła także KIO w uchwale z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/KD 20/10) – *od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze (...). Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.* Jak zostało to wyżej wskazane przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji Zamawiającego.

Ponadto powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, w przypadku powierzenia realizacji

zamówienia Wykonawcy innemu niż Wykonawca zamówienia podstawowego, nie stanowi wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia temu Wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Należy wskazać, iż gwarancja jakości jest rodzajem zobowiązania, w którym Wykonawca robót podejmuje się naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym, nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego, a więc zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, ma swoje źródło w zdarzeniu, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co tym samym nie wypełnia przesłanki określonej w art. 67 ust 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp [por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2011 r., (sygn. akt KIO/KD 81/11); uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2011 r. (sygn. akt: KIO/KD 71/11)].

Należy także podkreślić, że o ile wskazane przejście podziemne powinno zostać przebudowane i odnowione ze względu na – jak to określił Zamawiający- „fatalny” stan techniczny i estetyczny, to Zamawiający ze względu na ten fakt nie jest uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w celu wyłonienia Wykonawcy, który wskazane roboty budowlane będzie realizował.

Biorąc powyższe pod uwagę należy wskazać, iż wyłonienie Wykonawcy zamówienia, stosownie do przepisów ustawy Pzp, powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją w oparciu o procedury ustawy Pzp, oparte na zasadzie uczciwej konkurencji, które są najlepszym sposobem oceny rynku. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie otwarte przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadzi do wyłonienia innego Wykonawcy, którego oferta będzie korzystniejsza dla Zamawiającego, a zarazem spełni wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, 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. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.