

Sygn. akt: KIO 2488/18

WYROK
z dnia 8 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Magdalena Rams
Robert Skrzyszewski
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2018 roku przez wykonawcę S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. G. Pas Projekt Archi Studio z siedzibą w Nadarzynie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Gliwice
orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. G. Pas Projekt Archi Studio z siedzibą w Nadarzynie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. G. Pas Projekt Archi Studio z siedzibą w Nadarzynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. G. Pas Projekt Archi Studio z siedzibą w Nadarzynie na rzecz Zamawiającego Miasto Gliwice kwotę 4 156 gr 00 (słownie: cztery tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:.....
Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2488/18

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Gliwice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pod nazwą *Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej*

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2018 roku pod numerem 2018/S 226-518037.

3 grudnia 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 3 i 4 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy **Prawo zamówień publicznych** (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na:

- 1) bezpodstawnym wyborze trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, którego Zamawiający nie mógł zastosować z uwagi na brak zaistnienia przesłanek enumeratywnie wskazanych w ustawie, co jednocześnie stanowiło naruszenie fundamentalnej w prawie zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji;
- 2) udzieleniu zamówienia publicznego na dokończenie usług, które zostały już wykonane (ukończone) przez innego wykonawcę wybranego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy oraz art. 10 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą okoliczności uprawniające Zamawiającego do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane w tym przepisie, tj. wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości przesłanka ta się nie ziściła wbrew twierdzeniom Zamawiającego, a więc miał on obowiązek zastosowania trybu podstawowego udzielania zamówienia publicznego zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy;
- 2) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy w zw. z art. 10 ustawy oraz art. 10 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą okoliczności uprawniające Zamawiającego do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane w tym przepisie, w rezultacie przyjęcia, że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i jednocześnie nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości przesłanka ta się nie ziściła i powinien być zastosowany tryb podstawowy udzielania zamówienia publicznego zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy, gdyż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przedmiot zamówienia mógł zostać zrealizowany przez innych wykonawców, których Zamawiający celowo pozbawił udziału w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, co stanowiło naruszenie zasad konkurencji;
- 3) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. przez niewykazanie, że udzielenie zamówienia w tym trybie nie narusza zasad konkurencji, choć w rzeczywistości celowe zawężenie przez Zamawiającego parametrów zamówienia doprowadziło do niczym nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego z pominięciem innych wykonawców zdolnych w równym, a nawet większym stopniu do realizacji zamówienia, a również działających na rynku właściwym;
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 18 dyrektywy Parlamentu

Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.

w sprawie zamówień publicznych (dalej: dyrektywa), w związku z art. 4 pkt 1 lit. a

z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów przez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym, co czyni zachowanie

Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji, które to działanie niewątpliwie może zostać uznane za prowadzące do przeciwdziałania ukształtowania warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

5)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wybór wykonawcy i przeprowadzenie z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia

z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych,

6)art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a i art. 17 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. przez uwzględnienie w zakresie przedmiotu zamówienia

na wykonanie dokumentacji projektowej obszarów projektowych wskazanych w ogłoszeniu w opisie zamówienia o oznaczeniu

1D - Budowa przyłącza elektroenergetycznego, przebudowa torów kolejowych oraz

5 - Przebudowa ciągu pieszo-rowerowego w ciągu ul. Gen. Leona Berbeckiego

na odcinku od al. Przyjaźni do ul. Aleksandra Fredry, które zostały w pełni zrealizowane, gdyż prace nad nimi formalnie zakończono i dokonano zgłoszenia robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę, jeszcze przed udzieleniem przez Zamawiającego zamówienia w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co skutkuje *de facto* nieprawidłowym określeniem wartości przedmiotu zamówienia i naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

7)brak należytego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonania wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, polegającego na zacytowaniu potencjalnie stosowanych przepisów ustawy (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy), przy jednoczesnym wybiórczym przytoczeniu elementów stanu faktycznego, podaniu okoliczności nieprawdziwych oraz zaniechaniu uwzględnienia okoliczności faktycznych, które wykluczają zastosowanie tego trybu, a w rezultacie brak kompleksowego omówienia i uzasadnienia wyboru trybu postępowania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości o uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty spółki Mostostal Zabrze BIPROHUT spółka akcyjna, (2) unieważnienia postępowania w całości.

Ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań – Odwołujący wniósł

o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty spółki Mostostal Zabrze BIPROHUT spółka akcyjna, (2) wyłączenia z przedmiotu zamówienia obszarów projektowych wskazanych w ogłoszeniu w opisie zamówienia o oznaczeniu 1D - Budowa przyłącza elektroenergetycznego, przebudowa torów kolejowych oraz 5 Przebudowa ciągu pieszo-rowerowego w ciągu ul. Gen. Leona Berbeckiego na odcinku od al. Przyjaźni do ul. Aleksandra Fredry.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania zgodnie

z art. 186 ust. 2 ustawy Odwołujący żądał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenia go we właściwym trybie.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

-zgłoszenia budowy/robót budowlanych niewymagających pozwolenia

na budowę z dnia 31 października 2018 r. do Wojewody Śląskiego,

-pisma Odwołującego z dnia 30 sierpnia 2018 r. - uzupełnienie dokumentacji, na okoliczność dopuszczenia się przez Zamawiającego wadliwego opisu przedmiotu zamówienia przez uwzględnienie w jego ramach usług już zrealizowanych (ukończonych) przez innego wykonawcę,

-oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 8 listopada 2018 r.,

-pisma PAS Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 23 listopada 2018 r.

na okoliczność bezskuteczności odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:

-P. B. i M. G. firma Making Projects spółka cywilna ul. Arkuszowa 52A, 01-934 Warszawa,

-J. K. firma VEGMAR J. K., ul. Dembego 12 lok. 14, 02-796 Warszawa,

-Odwolującego

na okoliczność dopuszczenia się przez Zamawiającego wadliwego opisu przedmiotu zamówienia przez uwzględnienie w jego ramach usług już zrealizowanych (ukończonych) przez innego wykonawcę, a także na okoliczność tego, że inne podmioty poza Mostostal Zabrze BIPROHUT spółka akcyjna były w stanie ukończyć dokumentację projektową

Zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia pełnej dokumentacji, na podstawie której Zamawiający powziął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu

o przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz ustalił zakres prac wchodzących w przedmiot zamówienia, a następnie dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczności wskazane powyżej oraz na okoliczność zasadności zarzutów Odwołującego.

Odwolujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwolujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę ponieważ działanie Zamawiającego polegające na bezpodstawnym zastosowaniu przy udzielaniu zamówienia *Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe*

w Gliwicach - dokończenie dokumentacji projektowej trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, było niezgodne z obowiązującym prawem, a w konsekwencji naruszone zostały przepisy ustawy, w tym w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz reguły uczciwej konkurencji, jako że tryb z wolnej ręki jest wyjątkiem od stosowania konkurencyjnych trybów przetargowych i może być zastosowany jedynie w enumeratywnie wskazanych przypadkach. Fakt naruszenia powyższych przepisów ustawy uniemożliwił wykonawcy złożenie oferty, prowadząc do utraty przez Odwołującego szansy uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku, jaki przyniosłoby mu wynagrodzenie z jego realizacji. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Odwołujący podniósł, że gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem działań Zamawiającego Odwołujący mógłby złożyć ofertę

i z wysokim prawdopodobieństwem uzyskać zamówienie, a następnie należycie je zrealizować oraz otrzymać od Zamawiającego świadczenie w postaci wynagrodzenia. Do wykonania zamówienia Odwołujący posiada wszelki konieczny potencjał i doświadczenie – zamówienie dotyczyło wszakże branży drogowej, w której działa na co dzień Odwołujący, zatrudniając szereg dalszych specjalistów i podwykonawców umożliwiających kompleksową koordynację międzybranżową. Zdaniem Odwołującego bezprawne działanie Zamawiającego ograniczające dostęp do postępowania wykluczyło udział wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający Miasto Gliwice w dniu 23 listopada 2018 roku opublikował ogłoszenie w przedmiocie zamiaru zawarcia umowy z trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest wykonanie usługi polegającej na dokończeniu wykonania pełnej wielobranżowej dokumentacji projektowej zadania „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach” w zakresie projektów budowlanych wraz ze złożeniem odpowiednich wniosków o wydanie pozwoleń na budowę, ZIRD oraz zgłoszeń zamiaru wykonania robót budowlanych wraz z uzyskaniem prawomocnych decyzji i przyjęć zgłoszeń.

Wartość zamówienia określono na kwotę 2.708.108,94 zł netto, a więc zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jest to zamówienie podlegające zgłoszeniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Jako wykonawcę do wykonania zamówienia po przeprowadzonych negocjacjach Zamawiający wybrał spółkę Mostostal Zabrze Biprohut spółka akcyjna.

Odwołujący podał, że Zamawiający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadził z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów prawa, dokonując szeregu niezgodnych z prawem czynności.

1. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach faktycznych sprawy nie ziszcila się żadna wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której

nie mógł on przewidzieć i która pociągałaby za sobą konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Inaczej mówiąc, nie ziszcila się żadna wyjątkowa sytuacja, na jaką powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania wyboru trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki.

Po pierwsze, Zamawiający w uzasadnieniu podaje, że konieczność udzielenia zamówienia na dokończenie dokumentacji projektowej dla zadania „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach” powstała, z uwagi na odstąpienie w dniu 8 listopada 2018 r. przez Zamawiającego od umowy z jej wykonawcą. Zamawiający jedynie szczątkowo i subiektywnie przytacza przesłanki odstąpienia od tej umowy, nie sposób dać wiary twierdzeniom jakoby profesjonalny podmiot zajmujący się realizacją tego typu zamówień mógł dopuścić się przytoczonych uchybień skutkujących odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego z jednoczesnym narażeniem na szwank swojej reputacji i zajmowanej pozycji na rynku usług projektowych.

Odwołujący dodał, że gdyby zamówienie było realizowane nieprawidłowo, to Zamawiający z pewnością nie powierzyłby spółce Mostostal Zabrze Biprohut spółka akcyjna jedynie dokończenia dokumentacji projektowej, ale także zleciłby jej poprawienie. Nie sposób nie dopatrywać się tu zatem także naruszeń uczciwej konkurencji przez podjęcie działań celowo nakierowanych na zmianę wykonawcy dokumentacji projektowej w ramach realizowanej inwestycji przy pominięciu obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych. Taki sposób działania Zamawiającego świadczy więc niewątpliwie o zмовie z podwykonawcą.

Co więcej, z treści odstąpienia od umowy z dnia 8 listopada 2018 r. oraz pisma PAS Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 23 listopada 2018 r. wynika, że złożone przez Zamawiającego oświadczenie nie wywołało skutku prawnego w postaci wygaśnięcia umowy, a jeżeli nawet skutek taki zaistniał, to oparcie odstąpienia od umowy na art. 644 k.c. w żadnym razie nie daje Zamawiającemu podstaw do przeprowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego na dokończenie dokumentacji projektowej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Nie sposób przecież twierdzić, że „wyjątkowa sytuacja” nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, jeżeli to sam Zamawiający odstąpił od umowy, powołując się na art. 644 k.c.

Odwołujący wskazał, że nie można nadto podzielić racji Zamawiającego co do tego, że niemożliwe było zastosowanie innych wymaganych ustawą trybów udzielenia zamówienia, zakładając, że złożenie wniosku o dofinansowanie ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 - 2020, zgodnie z treścią ogłoszenia, upływa w dniu 28 grudnia 2018 r. Nie ulega wątpliwości, że możliwe było ogłoszenie nowego postępowania w preferowanym prawem trybie udzielania zamówień. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z jego wiedzą, przekazanie dokumentacji projektowej Zamawiającemu nastąpiło w dniu 30 czerwca 2018r., a więc gdyby Zamawiający obawiał się o losy i terminowość prac projektowych, mając na uwadze konieczność wystąpienia z wnioskiem o dofinansowanie, powinien był podjąć stosowne działania wcześniej, tak by uniknąć naruszenia prawa, w tym w szczególności ustawy. Nieprawdą zatem jest, że Zamawiający nie mógł tych okoliczności przewidzieć, co doprowadziło do konieczności zastosowania trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z orzeczeniach uznała wszakże, że: „*okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia sama w sobie nie może stanowić o wypełnieniu się przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Przesłankę tę należałoby wykazać w kontekście obiektywnych okoliczności wskazujących na potrzebę uzyskania i wykorzystania określonego efektu prac objętych zawartą umową w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie oczywiście od konieczności wykazania innych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ZamPublU, przywołanych powyżej (w tym choćby braku przewidywalności wykonania prac na wcześniejszym etapie).*” (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2015 r. sygn. KIO/KD 35/15KIO, Legalis).

Reasumując, w przedmiotowej sprawie nie są spełnione przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p., nic więc dziwnego, że zamawiający spełnienia tych przesłanek nie wykazał.

2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 10 ustawy oraz art. 10 ust. 1 ustawy.

W postępowaniu, w odniesieniu do którego wniesiono odwołanie, w ocenie Odwołującego nie wystąpiły żadne okoliczności sprawiające, że zamówienie w przedmiocie dokończenia wykonania pełnej wielobranżowej dokumentacji projektowej zadania może zostać zrealizowane w ramach świadczenia usługi tylko i wyłącznie przez jednego wykonawcę

z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i jednocześnie przy całkowitym braku rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego. W ocenie Odwołującego jest zupełnie odwrotnie, a zamówienie były i są w stanie wykonać inne liczne podmioty – w tym stanie rzeczy ograniczenie konkurencji było wyłącznym celem, a nie jedynie koniecznym skutkiem działania Zamawiającego.

Nieprawdą jest twierdzenie Zamawiającego, że „żaden inny podmiot poza MOSTOSTAL Zabrze BIPROHUT S.A. nie jest w stanie zakończyć opracowania dokumentacji”.

Dość powiedzieć, że realizacja zamówienia przez pierwotnego wykonawcę odbywała się przy udziale innych podwykonawców, w tym Odwołującego oraz spółki Mostostal Zabrze Biprohut spółka akcyjna.

Wbrew argumentom Zamawiającego, że „stopień zaawansowania prac projektowych, nabyta w trakcie realizacji wiedza oraz doświadczenie uniemożliwia zlecenie kontynuacji opracowywania dokumentacji projektowej oraz reprezentację w postępowaniach administracyjnych innemu podmiotowi” Odwołujący wskazał, że zamówienie może być skutecznie zrealizowane przez inne podmioty, a więc bynajmniej nie występują jakiegokolwiek okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze, które sugerowałyby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Dokończenie dokumentacji projektowej w tak wysokim stadium zaawansowania jest wszakże możliwe również efektywnie przez różne podmioty działające na rynku. Trudno zresztą nawet podejrzewać, jakie okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze ma na myśli Zamawiający, kwestia ta nie została bowiem wyjaśniona

w uzasadnieniu. Odwołujący jako drugi podwykonawca realizujący zamówienie na zlecenie pierwotnego wykonawcy byłby zdolny wykonać zamówienie w przedmiocie dokończenia dokumentacji projektowej znacznie lepiej, niż wybrany wykonawca. Odwołujący dawał większą rękojmię realizacji tego zamówienia z uwagi na zakres przeprowadzanych już wcześniej prac projektowych w ramach tej samej inwestycji.

Odwołujący nie otrzymał żadnego zapytania ze strony Zamawiającego co do realizacji zamówienia dotyczącego dokończenia dokumentacji pomimo, że zatrudniał szereg dalszych podwykonawców, w tym w branży drogowej i odpowiadał za koordynację międzybranżową,

a zatem miał większe kompetencje do wykonania prac projektowych składających się

na przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego jeżeli faktycznie jakiś podmiot mógłby zostać wybrany w trybie zamówienia z wolnej ręki z uwagi na istnienie przyczyn dotyczących przesłanki technicznej o obiektywnym charakterze, to powinien być to podmiot koordynujący i wykonujący projekty drogowe. W zakresie przedmiotu zamówienia, jak wskazano w jego opisie, znalazła się przecież większość prac o charakterze drogowym oraz uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Z tych przyczyn nawet dalsi podwykonawcy Odwołującego (np. w branży drogowej) byli o wiele bardziej właściwi do uzyskania zamówienia z wolnej ręki niż spółka Mostostal Zabrze Biprohut spółka akcyjna.

Odwołujący wskazał również, że w toku realizowanych prac projektowych spółka Mostostal Zabrze Biprohut spółka akcyjna nie uzyskiwała uzgodnień w zakresie uzyskania pozwoleń budowlanych, lecz jedynie uzgodnienia sieci elektrycznej, teletechnicznej i sanitarnej,

a i to nie w pełnym zakresie projektu. Bezzasadne w stopniu oczywistym jest zatem twierdzenie, że jest to jedyny wykonawca, któremu Zamawiający może powierzyć reprezentowanie w procedurach administracyjnych.

Zadaniem Odwołującego nie zaistniały przesłanki do udzielenia zamówienia publicznego

z wolnej ręki, a tym samym zamawiający naruszył ustawę poprzez działanie mające na celu uchylecia się od obowiązku stosowania trybów konkurencyjnych. Odwołujący wskazał na Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO/KD 5/17), „przesłanka prawna jednego wykonawcy warunkującą dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki, musi mieć charakter obiektywny i dotyczyć rzeczywistej sytuacji występowania w danym miejscu i czasie na rynku jednego wykonawcy, natomiast brak jest takiej podstawy przy istnieniu na rynku dwu lub więcej wykonawców. W przedmiotowej sprawie wskazywanie wykonawcy M.B. sp. z o. o. w T. jako jedynego podmiotu mogącego zrealizować zamówienie jest oczywiście bezzasadne zważywszy, że rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a przedmiotowe zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki mogło być zrealizowane przez innych wykonawców funkcjonujących na rynku.”

3. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu (zarzut 3); uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 18 dyrektywy w związku z art. 4 pkt 1 lit. a z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zarzut 4); uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy (zarzut 5).

Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki narusza fundamentalne zasady uczciwej konkurencji, na skutek celowego zawężenia przez Zamawiającego parametrów zamówienia, co doprowadziło do niczym nieuzasadnionego preferowania jednego

z wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego z pominięciem innych wykonawców zdolnych w równym, a nawet większym stopniu do realizacji zamówienia, a również działających na rynku właściwym. Celem prawidłowego przeprowadzenia zamówienia, konieczne jest dokonanie kompleksowej analizy sytuacji rynkowej w zakresie ewentualnego naruszenia konkurencji.

W okolicznościach tej sprawy w ocenie Odwołującego Zamawiający miał pełną świadomość tego, że istnieją na rynku usług projektowych jeszcze inne podmioty w większym stopniu uprawnione do otrzymania zaproszenia do negocjacji niż spółka Mostostal Zabrze BIPROHUT S.A. z uwagi na posiadane doświadczenie i znajomość i zakres prac już wykonanych w ramach branży drogowej, której to dotyczy większość zadań składających się na opis przedmiotu zamówienia. Spółka Mostostal Zabrze BIPROHUT S.A. z całą pewnością nie posiada ani większego doświadczenia, ani większych specjalistycznych zasobów ludzkich do zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Tym bardziej nie sposób jest twierdzić, że jako jedyna jest ona zdolna do wykonania zamówienia. Zamawiający zdecydował się na wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym, które to działanie zdaniem Odwołującego niewątpliwie może zostać uznane za prowadzące do przeciwdziałania ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W rezultacie Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, z pogwałceniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy uwzględnieniu zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Krajowa Izba Odwoławcza w Uchwale z dnia 5 lutego 2015 r. sygn. KIO/KD 4/15 wskazała: „udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest możliwe jedynie w sytuacji, w której niezbędna jest realizacja zamówienia niezwłocznie (od razu), a potrzeba ta wynika z wyjątkowej sytuacji, niespowodowanej działaniem Zamawiającego, przy czym nie jest możliwe zachowanie terminów, wynikających z innych trybów udzielenia zamówienia. Co istotne, jedynie kumulatywne zaistnienie wskazanych przesłanek uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.” Zastosowanie trybów

niekonkurencyjnych dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych, stąd też przepisy uprawniające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki należy każdorazowo interpretować w sposób ścisły. Wskazać również trzeba, iż na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, tak by nie uniemożliwiać i nie utrudniać działalności innych podmiotów na danym rynku oraz nie stwarzać barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już istniejących na rynku (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt: III SK 31/08). Nie sposób więc nie dojść do przekonania w ocenie Odwoławczego, że działanie Zamawiającego było z góry zaplanowane celem zmiany wykonawcy i nawiązania współpracy z podmiotem przez Zamawiającego preferowanym - spółką Mostostal Zabrze BIPROHUT S.A. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Dyrektywy, zgodnie z którym „zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu (...) sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.” Z takim właśnie wypadkiem w ocenie Odwoławczego mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Działanie Zamawiającego niewątpliwie naruszyło prawa Odwoławczego, jego dalszych podwykonawców oraz zapewne wielu jeszcze innych podmiotów na rynku. Podmioty te zostały bowiem pozbawione szansy uzyskania zamówienia, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem.

4. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 32 ust. 1 ustawy w związku z art. 13 pkt 6 lit. a i art. 17 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Naruszenia wskazanych przepisów przejawiają się w uwzględnieniu w zakresie przedmiotu zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej obszarów projektowych wskazanych w ogłoszeniu w opisie zamówienia o oznaczeniu 1D - Budowa przyłącza elektroenergetycznego, przebudowa torów kolejowych oraz 5 Przebudowa ciągu pieszo- rowerowego w ciągu ul. Gen. Leona Berbeckiego na odcinku od al. Przyjaźni do ul. Aleksandra Fredry, które to zostały w pełni zrealizowane (ukończone). Prace nad tymi obszarami formalnie zakończono i przed udzieleniem przez Zamawiającego zamówienia w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki dokonano zgłoszenia robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę, co skutkuje de facto nieprawidłowym określeniem wartości przedmiotu zamówienia i niezasadnym wydatkowaniem środków publicznych.

Przedmiot opisu zamówienia jest więc skonstruowany w sposób nieprawidłowy, a wartość zamówienia jest zawyżona, co z oczywistych względów wiąże się nie tylko z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy ale również z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

5. Uzasadnienie zarzutu braku należytego uzasadnienia prawnego faktycznego dokonania wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego

Uzasadniając wybór trybu postępowania, Zamawiający przedstawił swoją „argumentację” w sposób nad wyraz lakoniczny. Przywołane przez niego przyczyny wyboru tego trybu udzielenia zamówienia nie potwierdzają w żaden sposób przesłanek ustawowych wskazanych przez niego w uzasadnieniu. Przepisy ustawy mogące stanowić potencjalne podstawy prawne (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.) zostały jedynie zacytowane i pobieżnie wyjaśnione bez wnikania w szczegóły. Tymczasem, dokładna analiza stanu faktycznego przytoczonego przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że jego argumentacja w zasadzie przeczy zasadności obranego trybu a nie ją potwierdza. Świadczy o tym najbardziej nieprawdziwe wskazywanie w uzasadnieniu, że dokumentacja w obszarach projektowych 1D oraz 5 nie została ukończona. W konsekwencji, brak wymaganego uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek koniecznych do udzielenia zamówienia w tym trybie w szczególności z uwagi na brak spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i pkt 3 ustawy. Nieujawnione, a więc niepełne, a także nieprawdziwe okoliczności uniemożliwiają weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Działanie Zamawiającego sprowadzające się do celowego wyłączenia konkurencji miało swój cel, który nieprzypadkowo nie został wystawiony w uzasadnieniu. Otóż rzeczywista motywacja Zamawiającego wynikała z chęci udzielenia zamówienia podporządkowanemu spółce, która dzięki temu zwiększy swoje szanse uzyskania zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych. Tego rodzaju motywacja zamawiającego nie mieści się jednak w ramach obowiązujących przepisów. O powyższym świadczy przede wszystkim fakt, iż Zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą - Pas Project sp. z o.o., jak twierdzi z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy. Całkowicie pomija się w tej sprawie fakt, iż Wykonawca zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminów realizacji umowy, gdyż nie miał wpływu na powstałe w toku jej realizacji opóźnienia. Wynikały one z opóźnienia spółki Tauron w wydawaniu warunków technicznych i braku uzgodnienia projektu sieci, które w konsekwencji uniemożliwiały zakończenie opracowań projektowych. Sieć energetyczna, objęta wykonywaną dokumentacją projektową, zlokalizowana jest wszakże w centrum miasta. Istniejąca w tym rejonie gęsta sieć uzbrojenia terenu, wyklucza zatem poprowadzenie instalacji bez wiedzy na temat już istniejących instalacji na tym obszarze, należącej do właściciela sieci - spółki Tauron. Ta okoliczność opóźniła prace projektowe zarówno w zakresie projektu budowlanego, wykonawczego, jak i kosztorysów inwestorskich, itp. Na uwadze trzeba mieć, że odpowiedzialnym za wykonanie zakresu projektu obejmującego sieć Tauron była spółka Mostostal Zabrze BIPROHUT S.A. Wykonawca zwracając się do Zamawiającego z wnioskiem o aneksowanie terminów wskazał, że jest on uzależniony od ustania ww. okoliczności, zatem Zamawiający był świadomy rzeczywistych przyczyn wystąpienia opóźnień, niemniej zaproponowany przez Zamawiającego termin nie uwzględniał ustania okoliczności leżących u podstawy wniosku. Dalsze opóźnianie zmiany terminu realizacji umowy doprowadziły to utraty zaufania do Zamawiającego przez inne podmioty, w tym podwykonawców i opóźniły realizację umowy. To brak działania Zamawiającego przyczynił się do opóźnienia umowy. To on był *de facto* gwarantem realizacji terminów. Zamawiający swoim działaniem doprowadził do zachwiania równowagi ekonomiczno- finansowej umowy, czym naraził płynność wykonawcy i podwykonawców, więc braku gwarancji zakończenia świadczenia winien upatrywać w swoich działaniach, i z pewnością należy przyjąć, że wszystkie te okoliczności bynajmniej nie uprawniały go do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w szczególności, że za główną przyczynę odpowiadającą wybranym ostatecznie w tym szczególnym trybie Wykonawca - spółka Mostostal Zabrze BIPROHUT S.A. w Uchwał Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2015 r. sygn. KIO/KD 10/15 czytamy „skoro w myśl art. 67 ust. 1 pkt 1a ZamPublU, monopol ma być wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, to nie bez znaczenia jest ustalenie, czy źródłem monopolu są takie właśnie okoliczności, a nie np. określone działania lub zaniechania zamawiającego. Z kolei z art. 67 ust. 1 pkt 3 ZamPublU wprost wynika, że przyczyna natychmiastowego wykonania zamówienia nie może leżeć po stronie zamawiającego. Wreszcie, nawet jeśli przyczyna nie leży po jego stronie, istotnym jest zbadanie czy konieczność natychmiastowego działania nie była wynikiem sytuacji, której zamawiający nie był w stanie przewidzieć.”

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz

oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 grudnia 2018 roku.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby podstawa prawna odrzucenia odwołania z uwagi na wniesienie przez podmiot nieuprawniony nie została faktycznie wykazana przez Zamawiającego, bowiem odnoszenie się do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, które ewentualnie mogłyby zostać poddane ocenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi uzasadnienia podstawy odrzucenia odwołania. Zamawiający nie wykazał, że odwołanie złożył podmiot nieuprawniony

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego, który podnosił, że Odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania, bowiem w stosunku do wykonawcy zapadły prawomocne wyroki - wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 1 lipca 2014 roku

i utrzymującym ten wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 grudnia 2014 roku oraz wyrok Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 29 czerwca 2015 roku utrzymanym przez Sąd Okręgowy w Słupsku z dnia 9 sierpnia 2016 roku – i nie miałyby on możliwości i nie byłby

on w stanie zrealizować zamówienia, ponieważ podlega wykluczeniu z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy.

Należy wskazać, że w trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że na dzień 3 grudnia 2018, tj. na dzień składania odwołania, pan G. (Odwołujący) nie figurował w rejestrze karnym, na tą okoliczność przedstawił Informację z Krajowego Rejestru Karnego.

Izba wskazuje, że badając interes we wniesieniu odwołania oraz szkodę jaką wykonawca może ponieść nie jest możliwym dokonywanie oceny podstaw wykluczenia wykonawcy – Odwołującego jako podstawy nieposiadania interesu lub możliwości nieponiesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Na dzień wniesienia odwołania wykonawca nie figurował w rejestrze karnym, a ewentualna ocena przesłanek wykluczenia z postępowania możliwa jest do dokonania dopiero na etapie weryfikacji przesłanek wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może zostać uznane za prawidłowe twierdzenie, że wykonawca nie może skutecznie wnieść odwołania w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem w innym podlegałaby wykluczeniu na wskazanej podstawie prawnej. Dopiero dokonana ocena przesłanek wykluczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia daje podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, natomiast dokonywanie jej na tym etapie byłoby działaniem przedwczesnym, nieuprawnionym.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, oraz Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba uwzględniła również stanowiska zawarte w złożonych pismach.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadków oraz Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu, z uwagi na to, że zostały w tym zakresie zgłoszone dowody z dokumentów.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone wraz z „Tezami” na rozprawie.

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, których nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia. Izba zaznacza, że istotą takiego zamówienia jest nieprzewidywanie (nieplanowanie) jego udzielenia, a zamówienie samo powinno zmierzać do likwidacji skutków zdarzenia jakie miało miejsce. Kumulatywne spełnienie przesłanek zawartych w tej podstawie prawnej jest niezbędne dla oceny prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego tej podstawy prawnej.

W ocenie Izby zaistniały kumulatywnie wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy

i Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował ten tryb zamówienia. Podkreślić należy,

że wyjątkowa sytuacja z jaką mamy do czynienia w tym przypadku, wynika z odstąpienia w dniu 8 listopada 2018 roku przez Zamawiającego od umowy z dnia 17 marca 2017 roku na wykonanie zadania pod nazwą „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokumentacja projektowa” zawartej z Pas Projekt spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie. Zamawiający, który przeprowadził wcześniej postępowanie konkurencyjne i udzielił zamówienia publicznego nie mógł wcześniej przewidywać, że zaistnieją przyczyny, które będą podstawą do odstąpienia od umowy. Żaden Zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zawiera umowy po to, aby od umowy odstąpić. Samo odstąpienie od umowy przez Zamawiającego już jest wyjątkowe, podkreślić bowiem należy, że odstąpienie od umowy następuje w określonych warunkach jak również związane są z tym odstąpieniem konkretne działania, skutki, które mogą być dotkliwe w przypadkach, gdy odstąpienie od umowy nie jest zasadne. W rozpoznawanym przypadku wyjątkowość sytuacji wynika z faktu, że Zamawiający odstąpił od umowy ale konieczność złożenia wniosków o dofinansowanie inwestycji oraz wymagane przy złożeniu wniosku projekty budowlane wymagały niezwłocznego ich dokończenia oraz poprawienia, bowiem na dzień ogłoszenia przedmiotowego postępowania termin na składanie wniosków o dofinansowanie – zgodnie

z Informacją o naborze wniosków, pismo Związku Gmin i Powiatów złożone przez Zamawiającego - określony był na dzień 28 grudnia 2018 roku. Natomiast dokumentacja projektowa tj. dokończenie prac nad projektem budowlanym niezbędnym do złożenia wniosku o dofinansowanie stanowi około 20% całego projektu i zrealizowane powinno być w około miesiąc, bowiem najdłuższe trwające działania, prace, tj. uzgodnienia, między innymi z PKP, zostały już zrealizowane. Nie sposób również uznać, aby przyczyny tej sytuacji leżały po stronie Zamawiającego. Zamawiający zawierając w marcu 2017 roku umowę

na wykonanie dokumentacji projektowej, która pozwoli mu na skuteczne złożenie wniosku

o dofinansowanie realizacji zadania dochował staranności w swoim działaniu, podkreślić bowiem należy, że udzielił zamówienia wykonawcy, który został zweryfikowany w ramach określonych warunków udziału w postępowaniu jak również w ramach kryteriów oceny ofert, tym samym miał podstawę do uznania, że zamówienie zostanie zrealizowane prawidłowo oraz w określonym z góry terminie. Zamawiający mając na uwadze rozmiar inwestycji, jej złożoność i niezbędne terminy realizacji dokumentacji projektowej po uzyskaniu opinii Politechniki Śląskiej zdecydował o odstąpieniu od zawartej w 2017 roku umowy. Fakt odstąpienia od umowy jest faktem, nie podlega badaniu Izby zasadność odstąpienia

od umowy przez Zamawiającego może podlegać ocenie w zupełnie innym postępowaniu, tym samym Izba pominęła wszystkie przedstawione dowody wnioskowane na okoliczność stwierdzenia zasadności bądź braku podstaw do odstąpienia od umowy z 2017 roku. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia jest bezdyskusyjna w tym przypadku, bowiem nawet Odwołujący wydaje się nie kwestionować faktu, że niezbędna jest realizacja projektów budowlanych w terminie naborów wniosków o dofinansowanie realizacji inwestycji. Jednakże Odwołujący wskazał, że możliwe byłoby dochowanie terminów dla procedur otwartych, ale nie wyjaśnił w jaki sposób. Odniesienie się do przekazania dokumentacji projektowej w dniu 30 czerwca 2018 roku stanowiło granicę terminową

w dbałości o losy postępowania w ocenie Izby stanowi przyznanie do tego, że przekazana dokumentacja projektowa była niewłaściwa, błędna czy też niepełna. Działania Zamawiającego podejmowane po złożeniu dokumentacji tj. uzyskanie opinii Politechniki Śląskiej pozwoliły dopiero na kolejne decyzje Zamawiającego, które oparte są na konkretnych opiniach i zaistniałych stanach faktycznych. Odwołujący w takiej swoistej argumentacji wymagał, aby Zamawiający zachował się w czerwcu / lipcu w taki sposób jak

w listopadzie tj. odstąpił od umowy, ale mając wiedzę jaką Zamawiający uzyskał

po sporządzeniu dwóch opinii przez Politechnikę Śląską po przekazaniu dokumentacji projektowej – taka argumentacja obrazuje niezasadność twierdzeń Odwołującego, bowiem nie miał możliwości podejmować określonych decyzji Zamawiający nie mając określonej wiedzy wynikającej z opinii Politechnik, a które to opinie wskazywały niewłaściwe i złe przygotowanie dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby kumulatywnie zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy co uprawniało Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i nie doszło do naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. podkreślenia wymaga, że dla wykazania zasadności przesłanek zastosowania trybu zamówienia ambiwalentne pozostaje, komu zamówienie to zostaje udzielone.

2. W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 10 ustawy oraz art. 10 ust. 1 ustawy – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieją rozsądne rozwiązania alternatywne lub rozwiązania zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zwężenia parametrów. Cechą charakterystyczną tej przesłanki jest to, że zamówienie może być zrealizowane, wykonane tylko przez jednego wykonawcę. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem zarówno wyrażonym w doktrynie przedmiotu jak również szeroko opracowanym w orzecznictwie sądów obiektywnie przesłanka ta zostaje spełniona jedynie w sytuacji, gdy na rynku występuje tylko jeden podmiot mogący zrealizować zamówienie. W jednym z orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny trafnie podał, że wskazany przez Zamawiającego wykonawca, jest jednym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, że jest to jedyny wykonawca w rozumieniu obowiązujących przepisów (por. wyrok NSA z dnia 11 września 2009 roku sygn. akt II SA 2074/00).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że zaproszony do negocjacji wykonawca jest jedynym podmiotem mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie. Ambiwalentne pozostają w tym zakresie argumenty Zamawiającego podnoszone w trakcie rozprawy i zawarte w złożonym piśmie zawierającym Tezy do poszczególnych zarzutów odwołania, bowiem nie ma znaczenia dla oceny spełnienia tej przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki doświadczenie, potencjał techniczny (100 projektantów) dotychczasowego podwykonawcy, który realizował usługę w zakresie sieci elektrycznych, teletechnicznych i sanitarnych i instalacji z tym związanych, a który został zaproszony do negocjacji. Pozostaje również bez znaczenia dla oceny spełnienia ustawowych wymagań odniesienie się do wprowadzenia w błąd dalszych podwykonawców przez Odwołującego. Nie stanowi również skutecznego udzielenia zamówienia w tym trybie do nabytej w trakcie realizacji zamówienia wiedzy co do stopnia zaawansowania prac oraz uzyskanego doświadczenia jako podwykonawca. Bez znaczenia dla oceny wykazania spełnienia przesłanek pozostają dowody przedstawione przez Zamawiającego, bowiem nie odnoszą się one w żaden sposób do istoty problemu, a wykazywana argumentacja na poparcie której zostały przedstawione również nie dowodzi zasadności zastosowania trybu zamówienia

z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy. Żaden z przedstawionych dowodów nie dowodzi, że wybrany wykonawca jest jedynym, który może zrealizować zamówienie. Natomiast uporczywie wskazywany przez Zamawiającego argument odnoszący się do „niezbędnego terminu realizacji zamówienia” nie stanowi ustawowej przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy, i ocena zasadności i prawidłowości wyboru wykonawcy nie może być

dokonywana w ramach tego przepisu z uwzględnieniem wskazanej przez Zamawiającego argumentacji odnoszącej się do terminu realizacji zamówienia.

Zasadnie, w ocenie Izby, podniósł Odwołujący naruszenie wskazanych na wstępie przepisów, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy, tym samym doszło w tym zakresie do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 10 ustawy.

3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu (zarzut 3); uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 18 dyrektywy w związku z art. 4 pkt 1 lit. a z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zarzut 4); uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy (zarzut 5) – Izba zarzuty uznała za niezasadne.

W ocenie Izby w argumentacji faktycznej podniesionej w odwołaniu przez Odwołującego w zakresie wymienionych powyżej naruszeń prawa (zarzut 3) w żaden sposób nie wskazuje, na czym miałyby i na czym polegało „w rzeczywistości celowe zawężenie przez zamawiającego parametrów zamówienia”, które „doprowadziło do niczym nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia z pominięciem innych wykonawców zdolnych w równym, a nawet większym stopniu do realizacji zamówienia, a również działającym na rynku właściwym”. Brak jakiegokolwiek argumentacji w odniesieniu do celowego zawężenia przez Zamawiającego parametrów zamówienia nie pozwala na ocenę ewentualnego naruszenia podniesionych przepisów prawa we wskazanym kontekście. Brak faktycznej argumentacji uniemożliwia dokonanie jakiegokolwiek oceny w odniesieniu do preferowania wykonawców w kontekście zawężenia parametrów zamówienia. Izba stwierdziła, że nie jest możliwe odniesienie się do tak podanych treści, bowiem nie wiadomo o co w zasadzie chodzi Odwołującemu. Przepisy ustawy i obowiązujących aktów prawnych przesądzają, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzucza się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać w szczególności przedstawić zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna – niemniej bez podania uzasadnienia faktycznego nie sposób uznać, że Odwołujący zawarł w odwołaniu zarzut dający się rozpoznać przez Izbę.

W zakresie wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, co czyni zachowanie Zamawiającego sprzeczne z zasadami konkurencji, a które może zostać uznane

za prowadzące do przeciwdziałania ukształtowania warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (zarzut 4) oraz przez wybór wykonawcy i przeprowadzenie

z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny,

w oderwaniu od realiów rynkowych (zarzut 5) Izba wskazuje, że ocena tych zarzutów

w nierozdzielny sposób połączona jest z oceną zarzutu 1 i 2.

Izba uznała, czemu dała wyraz w uzasadnieniu do zarzutu 1, że Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy tym samym w ocenie Izby

nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa i nie doszło

w ocenie Izby do naruszenia zasad określonych w ustawie oraz innych obowiązujących regulacjach prawnych.

Wypełnienie ustawowych przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tym samym prawidłowość

zastosowania takiego trybu nie może prowadzić

do naruszenia zasad konkurencji, i nie prowadzi.

Izba wskazuje, że zatasowanie przez Zamawiającego przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy zostało negatywnie ocenione przez Izbę, zarzut 2 odwołania został uznany za zasadny, tym samym w tym zakresie doszło do naruszenia zasad konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności i przejrzystości.

4. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 32 ust. 1 ustawy w związku z art. 13 pkt 6 lit. a i art. 17 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że w zakresie obszarów w opisie zamówienia o oznaczeniu 1D - Budowa przyłącza elektroenergetycznego, przebudowa torów kolejowych oraz 5 Przebudowa ciągu pieszo- rowerowego w ciągu ul. Gen. Leona Berbeckiego na odcinku od al. Przyjaźni do ul. Aleksandra Fredry zostały w pełni zrealizowane (ukończone). Jednakże, nie przedstawia w tym zakresie żadnych dowodów, które potwierdzałyby faktyczny odbiór wykonanej dokumentacji projektowej przez Zamawiającego jak również nie wykazał, aby zgłoszenie robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę było skuteczne. Natomiast Zamawiający w przedstawionej argumentacji wskazał, że nieprawdziwe jest twierdzenie o zakończeniu prac projektowych dla obszarów 1D i 5. Z przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego dokumentów wynika, że na dzień 5 listopada 2018 roku miało zostać dopiero wysłane poprawione zgłoszenie robót budowlanych (wniosek). Opis przedmiotu zamówienia dokonywany jest na dzień wszczęcia postępowania, a powyższa informacja potwierdza, że prawidłowo został ujęty przedmiot zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający na dzień wszczęcia postępowania nie dysponował również informacją,

że wniosek został złożony jak również nie przekazał wykonawca Zamawiającemu poprawionej dokumentacji projektowej

w tym zakresie. W odniesieniu do obszaru 5 Zamawiający wskazał, że zamówienie obejmuje pełną wielobranżową dokumentację projektową również w zakresie projektów wykonawczych, specyfikacji technicznych i opracowań kosztorysowych. Zamawiający zaznaczył, że nie tylko projekty budowlane są przedmiotem zamówienia, co wynika w sposób jednoznaczny z wartości jakie określone były za wykonanie projektów budowlanych wykonawcy Pas Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a wartością szacunkową przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 32 ust. 1 ustawy. Podnoszona przez Zamawiającego w piśmie zawierającym Tezy do zarzutów odwołania argumentacja odnosiła się również do pisma z dnia 29 listopada 2018 roku przesłanego przez Pas Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do Zamawiającego,

a odnoszącego się do możliwości wycofania odwołania przez Odwołującego, gdy spółka otrzyma wynagrodzenie za wykonane prace i rozliczenie umowy to powyższy zarzut – który nie został potwierdzony żadnymi dowodami - wydaje się stanowić działanie Odwołującego nakierowane na uzyskanie innych efektów. Podkreślić należy, że przedmiot zamówienia nie jest determinowany tylko nazwą postępowania lecz wskazanej czynności jakie mają być wykonane, a w jego ramach Zamawiający oczekuje dokończenia i poprawienia dokumentacji projektowej. Natomiast w zakresie naruszenia art. 13 pkt 6 lit. a i art. 17 ust. 1 ustawy

o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Izba wskazuje,

że Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie ww. przepisów,

a odniesienie do „oczywistych względów” nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla oceny podnoszonych naruszeń w kontekście Prawa zamówień publicznych.

5.W zakresie zarzutu braku należytego uzasadnienia prawnego faktycznego dokonania wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby Zamawiający podał w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 23 listopada 2018 roku na tyle pełne uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, że sam Odwołujący w oparciu o te informacje skonstruował zarzuty odwołania wraz z ich uzasadnieniem co do zastosowanych przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 66 ust. 2 ustawy Zamawiający może zamieścić, w tym przypadku, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po wszczęciu postępowania ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenie to ma charakter fakultatywny. Publiczne poinformowanie wykonawców

o prowadzonym postępowaniu ma na celu umożliwienie im kwestionowania decyzji Zamawiającego i kwestionowania w drodze odwołania wybranego trybu. Ustawodawca wskazał, że obok danych identyfikujących Zamawiającego, zaproszonego wykonawcę

i przedmiotu zamówienia Zamawiający podaje uzasadnienie wyboru trybu zamówienia

z wolnej ręki. Ustawodawca nie określił jednakże na ile ma być ono szczegółowe, jakie dokładnie ma zawierać informacje i jak ma być uzasadnione. Miarą takiego uzasadnienia wyboru trybu jest ilość informacji pozwalająca na jego kwestionowanie i dokonywaną

w wyniku wniesionego odwołania ocenę. Odwołujący wskazując na lakoniczność uzasadnienia wyboru trybu nie podał jednocześnie czego w jego ocenie brak jest

w uzasadnieniu przesłanek wybranego trybu zamówienia. tym samym w ocenie Izby

to argumentacja Odwołującego, kwestionująca uzasadnienie wyboru trybu jest lakoniczna.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane w odwołania w zakresie tego zarzutu jest jedynie indywidualną argumentacją Odwołującego, która nie odnosi się do treści wskazanych

w ogłoszeniu czy też nie zawiera argumentacji ze wskazaniem i uzasadniającej braku takiego ogłoszenia. Stanowisko jakie prezentuje Odwołujący w tym zarzucie kwestionuje sam Odwołujący we wcześniej zawartych zarzutach odwołania, w których buduje argumentację odnoszącą się do poszczególnych przesłanek zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki, a co więcej buduje również inne zarzuty.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy,

a uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki podane przez Zamawiającego

w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 23 listopada 2018 dało podstawę do wniesienia odwołania i kwestionowania czynności Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....