

WYROK

z dnia 11 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Aneta Mlącka

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 r. przez wykonawcę **QUMAK Spółka Akcyjna w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GISPartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **QUMAK Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **QUMAK Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.,
 - 2.2. zasądza od **QUMAK Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie w Warszawie** kwotę **3 510 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziesięć

złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Warszawie**.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1911/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie produkcyjnego systemu ISOK.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 września 2018 roku wykonawca Qumak SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego, tj.:

- a. zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 66 ust. 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. i nieunieważnienia postępowania z chwilą, w której Zamawiający otrzymał od Qumak pismo z dnia 14 września 2018 roku jako jedyne zainteresowanego wdrożenia produkcyjnego Systemu ISOK;
- b. podjęcia decyzji o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy GISPartner Sp. z o.o. (ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław) (dalej: „GISPartner” lub przystępujący), który nie był zainteresowany udziałem we wcześniej prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego i nie złożył w nim oferty;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na to, że w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały zmienione w sposób istotny mimo iż w zakresie objętym przedmiotem postępowania zamawiającego i odwołującego łączy umowa z dnia 29 sierpnia 2013 roku, co potwierdza oświadczenie zamawiającego z dnia 29 grudnia 2017 roku i podmioty te prowadziły rozmowy dotyczące możliwości realizacji przedmiotu objętego postępowaniem;

b. art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzi podstawa do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy stan faktyczny nie uprawnia do zastosowania tego trybu postępowania;

c. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 4 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niespełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania tego trybu;

d. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania pomimo, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz poprzez brak unieważnienia przedmiotowego postępowania pomimo spełnienia przesłanek określonych w przepisach.

e. art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w szczególności jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej niepozwalającej na należyłą realizację zamówienia;

f. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w szczególności jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej niepozwalającej na należyłą realizację zamówienia;

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania;

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 29 sierpnia 2013 r. odwołujący i zamawiający zawarli Umowę KZGW-kw/ISOK/3/2013 dotyczącą projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu (dalej: „Umowa ISOK”).

Odwołujący w celu wykonania Umowy ISOK w dniu 15 grudnia 2013 r. zawarł z GISPartner umowę podwykonawczą nr 284/2013/PRK/ZKI/1289 na potrzeby zadania inwestycyjnego: „Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu” (dalej: „Umowa Podwykonawcza”). Następnie Umowa Podwykonawcza była zmieniana aneksami. Przedmiot Umowy został szczegółowo określony w §2 Umowy Podwykonawczej oraz w Załączniku nr 10 - Szczegółowy opis zakresu Przedmiotu Umowy. Umowa Podwykonawcza przewidywała udział Podwykonawcy w pracach wszystkich Etapów Umowy ISOK w tym Etapu 5.

Odwołujący stwierdził, że GISPartner nienależycie realizował świadczenie określone w Umowie. W konsekwencji, z winy GISPartner, doszło do powstania znaczącej zwłoki w realizacji przedmiotu Umowy Podwykonawczej. W obliczu nienależytego wykonywania Umowy odwołujący w dniu 19 stycznia 2016 r. odstąpił od Umowy Podwykonawczej.

Jednocześnie odwołujący wystąpił w dniu 13 maja 2016 roku przeciwko GISPartner z pozwem o zwrot wypłaconych zaliczek na poczet wynagrodzenia GISPartner za realizację Etapu 5 Umowy ISOK i za zakończenie projektu w kwocie 814 275,99 zł, które to prace nie zostały przez GIS partner wykonane. Strony nie osiągnęły porozumienia w drodze prowadzonych mediacji.

Odwołujący podkreślił, że w okresie od sierpnia 2014 roku do czerwca 2015 roku wypłacił do GISPartner zaliczki w kwocie 1.934.999,99 zł. Zaliczki te dotyczyły prac planowanych w Etapie 5. Część zaliczek Qumak skompensował z należnym GISPartner wynagrodzeniem za dodatkowe prace zlecane w kolejnych Aneksach do umowy podwykonawczej. Pozostała do zwrotu kwota stanowi przedmiot ww. pozwu.

Odwołujący poinformował, że podczas realizacji wdrożenia produkcyjnego Etapu 5 zamawiający nie zapewnił odwołującemu współdziałania koniecznego do realizacji Umowy ISOK, które polegało m. in. na zapewnieniu dostępu do infrastruktury, na której miał działać System ISOK oraz udostępnieniu danych mających być przedmiotem migracji. Brak tego współdziałania uniemożliwił Qumak rozpoczęcie procedury odbiorowej gotowego Systemu ISOK, wykonanego na bazie oprogramowania ESRI. Następnie zamawiający w dniu 28 czerwca 2016 r. doręczył odwołującemu pismo pt. „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy”. W piśmie tym zamawiający oświadczył, że odstępuje od Umowy ISOK w części dotyczącej realizacji Etapu 5.

Odwołujący uznał, że przedmiotowe oświadczenie o odstąpieniu jest nieskuteczne ponieważ powołuje się na opóźnienie w realizacji Umowy ISOK 1. Jednocześnie z uwagi na odroczenie przez zamawiającego terminu na spełnienie świadczenia (wykonania Etapu 5),

takie opóźnienie nie zachodziło. W związku z powyższym odwołujący w dniu 29 czerwca 2016 roku zgłosił do odbioru przedmiot Umowy ISOK, a na skutek jego niedokonania przez zamawiającego w terminie 7 dni (zgodnie z Umową ISOK), wystawił fakturę na kwotę obejmującą wynagrodzenie za wykonanie Etapu 5 na kwotę 28 302 298,75 zł. Faktura ta nie została przez zamawiającego zapłacona, w związku z czym odwołujący w dniu 11 października 2016 roku składając pozew wszczął postępowanie sądowe (sygn. akt XXV C 1565/16).

Odwołujący poinformował, że w toku postępowania sądowego Strony wyraziły wolę zakończenia sporu ugodą sądową. W dniu 27 listopada 2017 roku strony zawarły List intencyjny w przedmiocie prowadzenia negocjacji ugodowych oraz realizacji zgłoszenia serwisowego. W dniu 29 grudnia 2017 roku strony podpisały Drugi List Intencyjny w przedmiocie prowadzenia negocjacji ugodowych, do którego załącznikiem była parafowana ugoda dotycząca Umowy ISOK (Ugoda). W treści Ugody strony zgodnie stwierdzały, że celem jej zawarcia jest między innymi uchylenie niepewności co do sporu istniejącego pomiędzy Stronami w zakresie stosunku prawnego powstałego poprzez zawarcie Umowy ISOK (Pkt 1, ppkt 1.2 Ugody).

W dniu 5 czerwca 2018 roku, na skutek zgodnych wniosków zamawiającego i odwołującego, sąd zawiesił postępowanie w sprawie o sygn. akt XXV C 1565/16. Postępowanie to do dnia złożenia odwołania nie zostało wznowione i wniosek o podjęcie postępowania nie został też złożony przez zamawiającego.

Odwołujący poinformował, że w okresie od marca 2018 roku do końca lipca 2018 roku wielokrotnie w pismach kierowanych do zamawiającego podnosił ryzyko projektowe związane z przedłużającym się stanem niepewności co potwierdzenia zmian treści Umowy ISOK wynikających z Ugody (pismo z dnia 23 marca 2018, pismo z dnia 19 kwietnia 2018 roku, pismo z dnia 18 maja 2018 roku). Na wniosek zamawiającego, odwołujący składał również szereg wyjaśnień dotyczących stopnia realizacji Umowy ISOK (pismo z dnia 25 czerwca 2018 i 20 lipca 2018 roku).

Odwołujący stwierdził, że w dniu 31 sierpnia 2018 roku poinformował zamawiającego, że widzi szansę na pozytywne zakończenie projektu i przedstawił warunki brzegowe możliwej realizacji. W dniu 5 września 2018 roku zamawiający przesłał do odwołującego pismo, w którym po raz pierwszy formalnie odniósł się do treści Ugody, stwierdzając, że jest ona niezgodna z przepisami Ustawy w zakresie uzgodnionych w grudniu 2017 roku pomiędzy zamawiającym i odwołującym zmian do Umowy ISOK.

W dniu 5 stycznia 2017 roku Zamawiający opublikował na stronie internetowej <http://www.kzew.Eov.pl/index.php/pl/zamowienia-publiczne/postepowania-przetargowe/313->

wdrozenie-produkcvine-systemu-isok informację o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK”. Ogłoszenie zostało również zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2017 roku pod numerem 2017/S 001-001239 (dalej „postępowanie wszczęte w dniu 3 stycznia 2017”).

W dniu 12 września 2018 roku do godziny wyznaczonej jako termin składania ofert nie wpłynęła do zamawiającego żadna oferta, w związku z tym tego samego dnia postępowanie wszczęte w dniu 3 stycznia 2017 roku to zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 13 września 2018 roku zamawiający poprzez przesłanie zaproszenia do GISPartner zapraszającego do negocjacji, wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 66 ust 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. W dniu 14 września 2018 roku zamawiający i GISPartner przystąpili do negocjacji.

Odwołujący stwierdził, że Umowa ISOK, zgodnie z oświadczeniem zawartym w parafowanej Ugodzie, do realizacji której zamawiający przystąpił od początku 2018 roku, wiąże Strony. Zamawiający bowiem uchylił się od skutków prawnych złożonego w dniu 28 czerwca 2016 roku oświadczenia o odstąpieniu od Umowy ISOK. Nawet gdyby uznać, że strony nie zawarły ugody sądowej w ramach prowadzonego postępowania pod sygn. akt XXV C 1565/16, to doszło do jej zawarcia *per facta concludentia*, przynajmniej w zakresie skutków prawnych tego oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, zatem odwołujący może wnioskować jedynie z innych działań i stanowisk zamawiającego, że zamawiający zamierza udzielić GISPartner zamówienia w trybie z wolnej ręki na wykonanie dzieła o innym, węższym zakresie niż zakres Etapu 5 Umowy ISOK. W konsekwencji postępowanie powinno zostać unieważnione.

Odwołujący podniósł, że w dniu 5 września 2018 roku zamawiający opublikował istotnie zmieniony s.i.w.z. i Opis Przedmiotu Zamówienia dla postępowania wszczętego w dniu 3 stycznia 2017 roku. Odwołujący podniósł tę okoliczność z uwagi, na fakt, że nie jest mu znane zaproszenie do negocjacji skierowane do GISPartner, jednak skoro zamawiający prowadzi postępowanie z powołaniem na art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., to podkreślenia wymaga niezmienność warunków tego postępowania w stosunku do warunków pierwotnego, unieważnionego zamówienia. Zmiany wprowadzone w s.i.w.z. postępowania z dnia 3 stycznia 2018 roku natomiast w sposób istotny zmieniają warunki realizacji wdrożenia produkcyjnego Systemu ISOK. Z ostrożności procesowej zatem odwołujący podniósł, że wszelkie różnice warunków postępowania w stosunku do ostatniej znanej treści s.i.w.z. i

OPZ z postępowania wszczętego w dniu 3 stycznia 2017 roku, w szczególności zaś zmiana terminu realizacji zamówienia jak również warunków udziału w postępowaniu skutkują dodatkowo brakiem zaistnienia przesłanek do wszczęcia i prowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umową ISOK „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy” w ramach Etapu 5 Umowy ISOK Wykonawca zobowiązany był do dostarczenia następujących produktów:

- 1) Wersji produkcyjnej systemu ISOK;
- 2) Zainstalowanej i skonfigurowanej u Zamawiającego wersji produkcyjnej Systemu ISOK w środowisku podstawowym;
- 3) Zainstalowanej i skonfigurowanej u Zamawiającego wersji produkcyjnej Systemu ISOK w środowisku zapasowym;
- 4) Wersji produkcyjnej Systemu ISOK zasilonej inicjalnie danymi;
- 5) Uruchomionych mechanizmów synchronizacji środowiska podstawowego i zapasowego;
- 6) Przetestowanej wersji produkcyjnej Systemu ISOK;
- 7) Systemu ISOK (testów akceptacyjnych i wydajnościowych)
- 8) Szkoleń;
- 9) Dokumentacji powykonawczej;
- 10) Dokumentacji użytkownika;
- 11) Dokumentacji administratora;
- 12) Zaktualizowanego projektu technicznego;
- 13) Kodu źródłowego Systemu.

Odwołujący stwierdził, że szczegółowa regulacja Opisu Przedmiotu Zamówienia Umowy ISOK, zawarta w wymogu W 941 załącznika nr 1 do Umowy ISOK wskazuje, że dostawa i wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK obejmuje swoim zakresem poprawę błędów oraz implementację możliwych modyfikacji zrealizowanych zgodnie z procedurą zarządzania zmianą, powtórne wykonanie odpowiednich testów, inicjalne zasilenie Systemu ISOK w dane, integrację Systemu ISOK z systemami zewnętrznymi, administrację Systemu ISOK w

zakresie niezbędnym do przeprowadzenia testów. Po odbiorze wersji produkcyjnej Systemu ISOK miał rozpocząć się okres świadczenia usług gwarancyjnych.

Odwołujący stwierdził, że w opozycji do tak opisanego zakresu stoi opis zakresu zawarty w zmodyfikowanym w dniu 5 września s.i.w.z. Zmiany wprowadzone w s.i.w.z. wynikają w dużej mierze z odpowiedzi na pytania skierowane do zamawiającego. Zamawiający nie wskazał jednak, kiedy te pytania wpłynęły do niego i czy pochodziły od jednego czy wielu wykonawców.

Odwołujący podniósł, że zmiany s.i.w.z. w szczególności obejmują zmiany terminu składania ofert na 12 września 2018 roku oraz realizacji zamówienia ze 170 dni roboczych od dnia zawarcia umowy na wskazaną w s.i.w.z. datę dzienną - 15 lutego 2019. Termin ten został zatem istotnie skrócony, bo gdyby nawet Zamawiający zawarł z wykonawcą umowę w dniu 1 października 2018 roku, to okres do dnia przewidzianego na zakończenie wdrożenia produkcyjnego ISOK wynosi niecałe 70 dni roboczych. Odwołujący wskazał jednocześnie, że z dokumentacji dostępnej publicznie wynika, że w dniu 30 sierpnia 2018 roku przekazany został do CPPC (Centrum Projektów Polska Cyfrowa) wniosek o wydłużenie terminu realizacji projektu do dnia 28 lutego 2019 roku, umożliwiającą zawarcie aneksu nr 12 do Porozumienia o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-025/09-00. Taka data również jest wskazywana w innych dostępnych dokumentach, w tym Harmonogramie Projektu wyznaczającego Kamienie milowe, gdzie data 19 luty 2019 roku jest planowaną datą zakończenia prac nad Systemem ISOK, data 22 lutego 2019 roku datą punktu krytycznego projektu, a data 28 luty 2019 roku jest datą punktu ostatecznego projektu. Zgodnie z definicjami podawanymi przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju: http://www.ncbir.pl/efx/ncbir/pl/defaultopisv/810/3/l/lider-szkolenie21.01.2013_2.pdf: „Punkt krytyczny - termin {podany np. w miesiącach), którego przekroczenie dla danego kamienia milowego zagraża powodzeniu danego zadania bądź całego projektu i w którym należy podjąć działania dodatkowe, Punkt ostateczny - termin dla danego kamienia milowego, po przekroczeniu którego nie ma możliwości zrealizowania zadania bądź projektu zgodnie z ustalonymi założeniami.” Zamawiający zatem ewentualnie wskazując jako datę realizacji postępowania na dzień 28 lutego 2019 roku ustala warunki postępowania inne niż pierwotnie określone. Odwołujący podkreślił, że był w stanie wykonać zamówienie w terminie pierwotnych 170 dni roboczych, gdyby zamawiający nie zwlekał z uzyskaniem opinii, o których mowa w Drugim Liście Intencyjnym, nawet w sytuacji, gdyby w ich konsekwencji wymagane byłoby wprowadzenie zmian do treści parafowanej Ugody.

Odwołujący stwierdził, że w zakresie OPZ, zmiany wprowadzone przez zamawiającego wskazują na zmniejszenie zakresu prac w stosunku do pierwotnie

ustalonego i wprowadzenie rozwiązań pozwalających na bardziej elastyczną dla wykonawcy metodykę wdrożenia. W szczególności zaś:

1. wykreślono z OPZ konieczność realizacji w Etapie 5 (wdrożeniu produkcyjnym Systemu ISOK) uwag do Etapu IV z załącznika numer 5, to jest cały Redmine i zmiany do odebranej wersji z etapu IV właśnie, co oznacza że zamawiający planuje uruchomienie w rzeczywistości wyłącznie tej wersji Systemu ISOK, która została odebrana w Etapie IV,
2. Sztywne ramy czasowe zadań do realizacji, zamieniono na harmonogram ustalany przez Zamawiającego z wykonawcą,
3. rezygnacja z testów swobodnych, które wcześniej były opisane w taki sposób, by umożliwić zamawiającemu powtórzenie każdego test, natomiast wykreślenie ich w sposób istotny uprości procedury testowe.
4. zrezygnowano z części szkoleń i ograniczono liczbę osób, które mają zostać przeszkolone.

Odwołujący wskazał, że zakres Umowy ISOK był szerszy niż przewidziany do wdrożenia w postępowaniu, przy założeniu, że jego warunki są niezmienione do treści wynikających z s.i.w.z. i OPZ postępowania wszczętego 3 stycznia 2017 roku. Odwołujący złożył wniosek o wgląd w akta postępowania, lecz do dnia wniesienia odwołania nie otrzymał od zamawiającego odpowiedzi, więc nie jest w stanie precyzyjnie określić innych elementów i warunków postępowania, w tym wartości zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz szczegółowych warunków umowy, która ma zostać zawarta w postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na fakt, że umowa ta podlega negocjacjom, które jak poinformował zamawiający rozpoczął z GISPartner w dniu 14 września 2018 roku, czyli dzień po wysłaniu zaproszenia do tego wykonawcy, mogą ulec dalszym zmianom co do ewentualnego ograniczenia przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wybór trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek, odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie udowodnił, że zachodzą wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a zgodnie z orzecznictwem ETS, to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanek pozwalających na odstąpienie od procedur otwartych, a stosowanie procedur negocjacyjnych powinno być ściśle ograniczone do sytuacji przewidzianych w dyrektywie.

W zakresie zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. Przeprowadzenie postępowania w trybie niekonkurencyjnym pomimo tego, że nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom, które są w stanie wykonać zamówienie. Zamawiającego wiąże Umowa ISOK w związku z uchyleniem się przez niego od skutków złożonego oświadczenia o odstąpieniu od tej Umowy. Odwołujący jeszcze w dniu 14 września 2018 roku, wiedząc o unieważnieniu postępowania wszczętego w dniu 3 stycznia 2017 roku, a nie wiedząc o wszczęciu przez zamawiającego postępowania, deklarował gotowość do dalszej realizacji umowy i dokończenia wdrożenia Systemu ISOK. Zamawiający uzyskując taką informację powinien był unieważnić postępowanie, gdyż nie zachodziły przesłanki do jego dalszego prowadzenia. Zamawiający w takiej sytuacji, żeby można przypisać mu działanie w dobrej wierze, powinien albo zaproponować takie zmiany w parafowanej Ugodzie, które w jego ocenie spowodowałyby możliwość dokończenia wdrożenia Systemu ISOK przez odwołującego, albo rozwiązać za porozumieniem stron Umowę ISOK i wówczas prowadzić postępowanie w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący stwierdził, że podjęte przez zamawiającego działania natomiast naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca GISPartner w szczególności uzyskał możliwość realizacji postępowania, mimo braku podstaw do jego prowadzenia, a także co wynika ze stanu faktycznego, mimo braku jego zainteresowania w udziale w postępowaniu wszczętym w dniu 3 stycznia 2017 roku. GISPartner, który nie złożył oferty w dniu 12 września 2018 roku, był gotów do podjęcia negocjacji w postępowaniu w trybie z wolnej ręki już dwa dni później, w dniu 14 września 2018 roku, potrzebując zaledwie jednego dnia od momentu jego zaproszenia do tych negocjacji

W zakresie zarzutu dotyczącego niezdolności GISPartner do wykonania zamówienia, odwołujący podniósł, że odwołujący jest wierzycielem GISPartner a pomiędzy stronami toczy się postępowanie sądowe o zapłatę kolejnych kwot, łącznie przekraczających 3 mln zł. Już sama aktualna kondycja finansowa GISPartner nie zapewnia należytej realizacji zamówienia, a zamawiający musi wziąć pod uwagę fakt, że jeżeli w trakcie realizacji zamówienia GISPartner ogłosi upadłości likwidacyjną, wyznaczony syndyk będzie mógł odstąpić od zawartych przez GISPartner umów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pierwotnymi warunkami postępowania wszczętego w dniu 3 stycznia 2017 roku zamawiający ustalił restrykcyjne warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej, a także ekonomicznej i

finansowej (w tym posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytowa na 20 mln zł). Niezależnie zamawiający wskazał, że wykluczonym z postępowania będzie wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy i zasądzenia odszkodowania. Odwołujący podkreślił, że GISPartner przyczynił się w sposób istotny (ponad roczne opóźnienie w realizacji Umowy Podwykonawczej) do niedokończenia w terminie realizacji Umowy ISOK. Odwołujący jest świadom, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. winien być stosowany jedynie do wykonawcy, który zawarł umowę z zamawiającym, a nie już do jego podwykonawcy, jednak w świetle aktualnego stanu faktycznego, okoliczności nienależytej realizacji Umowy ISOK przez GISPartner w zakresie w jakim był jej podwykonawcą nie sposób pominąć. Zamawiający może wybrać do realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie podmioty dające odpowiednią rękojmię jego należytego wykonania, a GISPartner takiej rękojmi nie daje. Natomiast zamawiającego łączy nadal Umowa ISOK i uchylenie się zamawiającego od skutków oświadczenia z dnia 28 czerwca 2016 roku powoduje, że odwołujący jest i powinien być uznany przez zamawiającego jako podmiot taką rękojmię dający.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający bezpodstawnie wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy nie zachodzą żadne przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania tego trybu. W szczególności zaś z oświadczeń i dokumentacji zamawiającego wynika, że nadal zamawiający i odwołujący nadal związani są umową z dnia 29 sierpnia 2013 roku, której przedmiotem jest realizacja, jako Etapu V tej umowy, wdrożenia produkcyjnego Systemu ISOK. Na skutek niezgodnej z ustawą P.z.p. czynności zamawiającego i udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy GISPartner, odwołujący zostanie pozbawiony możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym poniesie szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie uzyskałby, realizując przedmiotowe zamówienie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2004 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W opinii zamawiającego, zarzut zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz z naruszeniem art. 10 ust. 1 i 2 i art. 7

ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. nie znajduje w odwołaniu żadnego uzasadnienia. Odwołujący prawidłowo przytacza za przepisami i orzecznictwem okoliczności, w których można udzielić zamówienia w zastosowanym przez zamawiającego trybie. Nie stara się jednak w żaden sposób wykazać i udowodnić, że chociażby jedna z okoliczności przywołanych w art. 67 ust. 1 pkt 4 w tym przypadku nie zaistniała. Odwołujący w ogóle nie kwestionuje zaistnienia przesłanek pozwalających na zastosowanie tego przepisu jako podstawy do wolnej ręki. Trudno się jednak temu dziwić, skoro wszystkie te przesłanki wystąpiły łącznie, a fakt ten jest bardzo prosty do zweryfikowania. W zamian za to odwołujący wyraża rozczarowanie faktem, iż to nie on został zaproszony do dokończenia systemu ISOK, pomimo że w piśmie z 14 września 2018 r. deklarował taką chęć. Zapomina tylko, że na dokończenie systemu miał wiele czasu wynikającego z realizowanej wcześniej umowy, ale swoim działaniem doprowadził do odstąpienia przez zamawiającego od tej umowy.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący podnosi argumenty związane unieważnionym wcześniej postępowaniem, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Sprowadzają się one do twierdzeń, iż zamawiający rzekomo dokonał niedozwolonych zmian w s.i.w.z. Jednak brak jakiegokolwiek uzasadnienia wskazującego, dlaczego zmiany te miałyby być niedozwolone. Zamawiający zaznaczył, że odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania ani na dokonanie zmian w s.i.w.z., ani na unieważnienie postępowania przetargowego.

Zamawiający podniósł, iż przypuszczenia odwołującego, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający zmienił w sposób istotny warunki zamówienia, nie znajdują potwierdzenia w faktach. Zapraszając do udziału w negocjacjach z wolnej ręki zamawiający zastosował takie same warunki udziału w postępowaniu, jak w unieważnionym wcześniej przetargu, To samo odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie widzi podstaw do udostępniania dokumentów z tego postępowania przed zakończeniem negocjacji (poza protokołem postępowania).

W ocenie zamawiającego, nie można jako uzasadnienia wadliwości zastosowanego trybu traktować natomiast rozważań odwołującego na temat obowiązywania umowy z 2013 r., czy też na temat obowiązywania negocjowanej w 2017 r. ugody. Wywodzenie przez odwołującego skutków prawnych z niepodpisanej i niezatwierdzonej ugody należy pozostawić bez komentarza, tym bardziej, że ich związek z podstawami prawnymi zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest żaden.

W ocenie zamawiającego, zarzut udzielenia zamówienia wykonawcy niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu i nie mogącemu zrealizować

przedmiotu zamówienia jest zarzutem zdecydowanie przedwczesnym i niemożliwym do potwierdzenia na tym etapie postępowania. Zamawiający na razie dopiero wszczął postępowanie i zaprosił wykonawcę GISPartner do negocjacji, co wcale nie jest równoznaczne z udzieleniem temu wykonawcy zamówienia. Zamawiający nie może z góry przesądzić, czy wykonawca spełni jego wymagania formalne i merytoryczne, To będzie wyjaśniane w trakcie negocjacji. Natomiast oczywistym dla zamawiającego jest, że wykonawca będzie weryfikowany w tym zakresie na podstawie stosownych dokumentów oraz informacji przekazanych w trakcie negocjacji.

Zamawiający zaznaczył, że nieporozumienia czy spory finansowe pomiędzy odwołującym a wykonawcą zaproszonym do negocjacji nie mogą przesądzać o niemożliwości wykonania zamówienia przez tego ostatniego.

W ocenie zamawiającego, zarzut zaniechania obowiązku unieważnienia postępowania jest co najmniej niezrozumiały, a jednocześnie najmniej w odwołaniu opisany. Z jego treści wynika jedynie, że skoro odwołujący w dniu 14 września 2018 r. poinformował zamawiającego o gotowości do dalszej współpracy w zakresie ISOK, to zamawiający powinien unieważnić postępowanie wszczęte w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający przyznał, że nie widzi w tym żadnego związku przyczynowo-skutkowego. Nie znajduje też żadnej podstawy prawnej do unieważnienia postępowania, Z pewnością nie jest nią art. 93 ust. 1 pkt 7, gdyż Zamawiający nie identyfikuje działań odwołującego jako wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca GISPartner Sp. z o.o. we Wrocławiu w piśmie procesowym z dnia 8 października 2018 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że odwołujący wnosząc o unieważnienie postępowania jako uzasadnienie wskazuje w istocie dwie grupy argumentów: argumenty dotyczące rzekomo nieuprawnionego zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki oraz cyt. „udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia. W ocenie przystępującego, żaden ze stawianych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący nie podzielił stanowiska odwołującego przedstawionego w złożonym w przedmiotowej sprawie odwołaniu, w szczególności w zakresie sposobu przedstawienia stanu faktycznego/historycznych uwag dotyczących realizacji umowy wiążącej odwołującego i zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 r., oraz umowy podwykonawczej wiążącej odwołującego i przystępującego. Przystępujący stwierdził, że nie polegają na prawdziwie twierdzenia, jakoby technologia stosowana przez GISPartner do wykonania programu komputerowego, stanowiącego fragment Systemu ISOK, uniemożliwi wykonanie i

dostarczenie zamawiającemu produkcyjnej wersji Systemu ISOK albowiem zamawiający i odwołujący, dokonując odbioru Etapu 4 Umowy z 29 sierpnia 2013 r., potwierdzili należyte wykonanie zamówienia przy oprogramowaniu iMap, którego producentem jest GISPartner Sp. z o.o. — jednocześnie to po odstąpieniu przez przystępującego (a nie przez odwołującego) doszło do rozwiązania umowy podwykonawczej wiążącej odwołującego i przystępującego, z przyczyn wyłącznie obciążających odwołującego.

Przystępujący podkreślił, że podkreślenia wymaga, że próby odwołującego odstąpienia od umowy podwykonawczej z przystępującym były nakierowane na wyeliminowanie przystępującego z realizacji zamówienia, z przyczyn przystępującemu nieznanych i w istocie nieuzasadnionych, a jednocześnie przy sygnalizowanym wielokrotnie przez zamawiającego sprzeciwie, czego ostatecznym wyrazem było odstąpienie przez zamawiającego w czerwcu 2016 r. od umowy zawartej z odwołującym i wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki i zaproszenie do negocjacji przystępującego — producenta oprogramowania iMap, odebranego przez zamawiającego w ramach realizacji Etapu 4 Umowy z dnia 29 sierpnia 2013 r. Przystępujący stwierdził, że nie polegają również na prawdzie twierdzenia odwołującego o rzekomym przesunięciu terminu realizacji umowy na 30 września 2016 r. (a przynajmniej o takiej okoliczności — poza niniejszym odwołaniem — odwołujący nie informował w ramach składanych obowiązkowo raportach giełdowych), dodatkowo zupełnie niezrozumiałe są dla przystępującego twierdzenia odwołującego o rzekomym dalszym związaniu odwołującego z zamawiającym umową z dnia 29 sierpnia 2013 r. Tym bardziej niezrozumiałe jest dla przystępującego niewykonywanie ww. umowy przez odwołującego, skoro przedmiotowa umowa rzekomo ma wiązać odwołującego i zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zdolności przystępującego do wykonania zamówienia, przystępujący stwierdził, że odwołujący wydaje się nie zauważać, że w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki przez zamawiającego na obecnym jego etapie nie doszło jeszcze do udzielenia jakimukolwiek podmiotowi zamówienia — z tego już tylko powodu zarzut wskazany uznać należy z całą pewnością za przedwczesny. Zarzut ten uznać również należy za nietrafny zarówno formalnie, jak i materialnie — przepis art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. nie jest adresowany do zamawiającego i nie powinien być przedmiotem zarzutów. Nie powinno ulegać wątpliwości, że zamawiający będzie weryfikował spełnianie warunków udziału w postępowaniu dopiero przed zawarciem umowy i brak jest podstaw do żądania od zamawiającego, aby weryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący nie ma jakiegokolwiek wiedzy na temat sytuacji ekonomicznej i finansowej przystępującego, tym samym czynienie zarzutów rzekomego braku zdolności finansowej i ekonomicznej uznać należy za nieznajdujące jakiegokolwiek poparcia w faktach — podnoszona przez odwołującego okoliczność pozostawania przez odwołującego. i przystępującego w sporze sądowym pozostaje tu bez znaczenia dla oceny zdolności ekonomicznej i finansowej przystępującego. Odwołujący w złożonym odwołaniu pomija fakt kwestionowania przez przystępującego wszelkich roszczeń skierowanych wobec przystępującego i pomija fakt prowadzenia również przez Sąd Okręgowy w Warszawie postępowania wywołanego pozwem skierowanym przez przystępującego przeciwko odwołującemu o zapłatę należności głównej w wysokości 662 724,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych liczonymi od dnia 7 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty.

Przystępujący stwierdził, że zupełnie niezrozumiałe dla przystępującego są przedstawione w pkt 7.3 odwołania twierdzenia dotyczące skutków ewentualnej upadłości likwidacyjnej przystępującego — brak jest jakichkolwiek przesłanek do ogłoszenia upadłości przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, że odwołujący kwestionując prawidłowość wszczęcia przez zamawiającego postępowania z wolnej ręki na powyższej podstawie odnosi się do związania zamawiającego i odwołującego umową obejmującą m.in. wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK oraz brak zainteresowania przystępującego udziałem we wcześniejszym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego/braku złożenia oferty w tym postępowaniu. Twierdzenia dotyczące rzekomego związania zamawiającego i odwołującego umową, której przedmiotem jest wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK są o tyle kuriozalne, że wskazanej okoliczności odwołujący nie podnosił wedle wiedzy przystępującego w czasie, gdy prowadzone było przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK”, w ramach którego zamawiający kolejno przedłużał terminy składania ofert — aż do 12 września 2018 r.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń podnoszonych w pkt 8.4 odwołania, zgodnie z którymi fakt rzekomego „braku zainteresowania” przystępującego udziałem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego/ niezłożenie oferty dyskwalifikuje możliwość zaproszenia przystępującego przez zamawiającego do negocjacji, nie sposób znaleźć uzasadnienia faktycznego i prawnego dla takich twierdzeń — w szczególności

przedstawionej przez odwołującego przesłanki nie przynosi ustawa P.z.p., a w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 29 sierpnia 2013 r. odwołujący i zamawiający zawarli Umowę KZGW-kw/ISOK/3/2013 dotyczącą projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu (dalej: „Umowa ISOK”).

Odwołujący w celu wykonania Umowy ISOK w dniu 15 grudnia 2013 r. zawarł z przystępującym umowę podwykonawczą nr 284/2013/PRK/ZKI/1289 na potrzeby zadania inwestycyjnego: „Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2016 r. doręczył odwołującemu pismo pt. „Oświadczenie o odstąpieniu od umowy”. W piśmie tym zamawiający oświadczył, że odstępuje od Umowy ISOK w części dotyczącej realizacji Etapu 5.

Pomiędzy stronami istnieje spór co do dalszego obowiązywania umowy, od której zamawiający odstąpił.

W dniu 5 stycznia 2017 roku zamawiający opublikował na stronie internetowej <http://www.kzew.Eov.pl/index.php/pl/zamowienia-publiczne/postepowania-przetargowe/313-wdrozenie-produkcvine-svstemu-isok> informację o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie produkcyjne Systemu ISOK”. Ogłoszenie zostało również zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2017 roku pod numerem 2017/S 001-001239.

W dniu 5 września 2018 roku zamawiający opublikował zmieniony s.i.w.z. i Opis Przedmiotu Zamówienia dla postępowania wszczętego w dniu 3 stycznia 2017 roku.

W dniu 12 września 2018 roku, do godziny wyznaczonej jako termin składania ofert, nie wpłynęła do zamawiającego żadna oferta, w związku z tym tego samego dnia postępowanie wszczęte w dniu 3 stycznia 2017 roku zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

W dniu 13 września 2018 roku zamawiający poprzez przesłanie zaproszenia do GISPartner zapraszającego do negocjacji, wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 66 ust. 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. W dniu 14 września 2018 roku zamawiający i przystępujący przystąpili do negocjacji.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Na wstępie podkreślenia wymaga, iż Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zasadność zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki, bada, czy w rozpoznawanej sprawie zaszły przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Poza zakresem kognicji Izby pozostaje ocena, czy strony nadal łączy umowa obejmująca m.in. przedmiot niniejszego zamówienia. Spór tego rodzaju należy do kategorii spraw cywilnych i – zgodnie z art. 2 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1360 ze zm.) – podlega kognicji sądów powszechnych. W tym zakresie argumentację odwołującego oraz złożone dowody należy uznać za bezprzedmiotowe.

Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Przepis ten stanowi implementację art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy zamówieniowej o treści: „procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jeżeli w odpowiedzi na procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału bądź żadnego odpowiedniego wniosku o dopuszczenie do udziału, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom oraz pod warunkiem, że odpowiednie sprawozdanie zostanie przesłane Komisji, jeśli tego zażąda”.

Zasada prymatu procedur przetargowych oddziałuje na kolejność stosowania trybów udzielania zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek prowadzenia w pierwszej kolejności procedury przetargowej. Jeśli przetarg nieograniczony albo ograniczony nie da rezultatu, otwiera się droga zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 art. 67 ust. 1 pkt 4. Zastosowanie tego trybu jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostają w istotny sposób zmienione. Istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie tego przepisu.

Analiza treści artykułu 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. pozwala na wniosek, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki na jego podstawie możliwe jest w przypadku łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- zamawiający prowadził uprzednio postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego
- w postępowaniu tym nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania
- pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W rozpoznawanym przypadku fakt zaistnienia dwóch pierwszych przesłanek nie był pomiędzy stronami sporny. Podniesione zarzuty dotyczyły natomiast warunków zamówienia, które – w ocenie odwołującego – zostały w sposób istotny zmienione, niemniej jednak argumentacja odwołującego sprowadzała się do wskazywania, iż warunki te winny odnosić się do warunków ogłoszonych przed modyfikacją z dnia 5 września 2018 roku.

Podstawową zatem kwestią dla rozpoznania wniesionych zastrzeżeń jest rozstrzygnięcie, co należy rozumieć poprzez pierwotne warunki zamówienia.

W ocenie Izby, pod pojęciem „warunki zamówienia” rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Pogląd takie wyrażono m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2010 roku sygn. akt KIO/KD 66/10.

Warunki podmiotowe to warunki udziału w postępowaniu rozumiane jako wymagania odnoszące się do właściwości wykonawcy zainteresowanego ubieganiem się o realizację zamówienia publicznego. Celem stosowania tych warunków jest ograniczenie ryzyka wyboru przez zamawiającego wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Przez warunki udziału w postępowaniu (warunki podmiotowe) rozumie się w świetle ustawy P.z.p.:

- warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust.1 oraz
- warunki z art. 24 ust.1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż warunki zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki winny pozostać niezmienione wobec warunków zamówienia postępowania

przetargowego w brzmieniu sprzed modyfikacji. Określenie „pierwotne warunki zamówienia” nie odnosi się bowiem do warunków ogłoszonych w dniu wszczęcia postępowania, lecz do warunków, które obowiązywały w uprzednio prowadzonym postępowaniu przetargowym nawet w sytuacji, gdy zamawiający zmienił je w trakcie prowadzonego postępowania. Wniosek taki można wywieść m.in. z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt 52, gdzie uznano, iż za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która, gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innym wykonawców. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, s. I-3801, w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur oraz w wyroku z 5 października 2000 roku w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.

Ze wskazanych wyżej orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że pierwotne warunki zamówienia to warunki obowiązujące w postępowaniu przetargowym, znane wykonawcom o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonanie modyfikacji tychże warunków zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. nie powoduje, że zmodyfikowane warunki nie mogą zostać uznane za warunki pierwotne.

Wskazując na powyższe Izba stwierdza, że przytoczoną obszernie w odwołaniu argumentację odwołującego opierającą się na porównywaniu warunków postępowania przetargowego przed modyfikacją i po niej należy uznać za bezprzedmiotową dla zarzutów dotyczących braku podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Jeżeli zaś chodzi o ocenę, czy w postępowaniu z wolnej ręki doszło do istotnej zmiany warunków zamówienia w porównaniu z warunkami obowiązującymi w postępowaniu przetargowym, Izba stwierdziła, że w tym zakresie odwołujący nie wykazał, że taka zmiana w istocie miała miejsce. Odwołujący podnosił, że złożył wniosek o wgląd w akta postępowania, lecz do dnia wniesienia odwołania nie otrzymał od zamawiającego odpowiedzi, więc nie jest w stanie precyzyjnie określić innych elementów i warunków postępowania, w tym wartości zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz szczegółowych warunków umowy, która ma zostać zawarta w postępowaniu. Treść dokumentacji postępowania z wolnej ręki znajdowała się w dyspozycji Krajowej Izby Odwoławczej, niemniej jednak odwołujący nie wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego ogłoszonego w dniu 3 stycznia 2017 roku wraz z modyfikacją z dnia 5 września 2018 roku w celu porównania warunków tego postępowania z warunkami postępowania z wolnej ręki.

Wskazać należy, że to na odwołującym, stosownie do art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p., spoczywał ciężar wykazania, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie potwierdził się i jako taki podlega oddaleniu.

Izba nie uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzi podstawa do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy stan faktyczny nie uprawnia do zastosowania tego trybu postępowania. Izba potwierdza, że zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. urzeczywistnia się najpełniej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Wyrażona w art. 10 ust. 1 zasada nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jak już wyżej wskazano, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., w związku z czym zamawiający był uprawniony do wszczęcia postępowania z wolnej ręki. Tym samym zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. należy uznać za bezpodstawny.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w szczególności jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej nieopowalającej na należyłą realizację zamówienia.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż zarzut ten jest zarzutem przedwczesnym i niemożliwym do potwierdzenia na tym etapie postępowania. Zamawiający na razie wszczął postępowanie i zaprosił przystępującego do negocjacji, co wcale nie jest równoznaczne z udzieleniem temu wykonawcy zamówienia. Nie ma zatem możliwości ustalenia w tym momencie, czy przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarzut, jako przedwczesny, podlega oddaleniu. Jego podniesienie będzie możliwe dopiero wówczas, gdy wskutek zmiany okoliczności faktycznych zarzut utraci cechę przedwczesności.

Pozostałe podniesione przez odwołującego zarzuty, tj. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 4 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., Izba uznała za nieuzasadnione. Zarzuty te zostały podniesione niejako w uzupełnieniu zarzutów opisanych i rozpoznanych wyżej. Wobec oddalenia zasadniczych zarzutów odwołania, zarzuty o subsydiarnym wobec nich charakterze również podlegały oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....