

Sygn. akt: KIO 2808/11

## WYROK

z dnia 13 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Członkowie: **Anna Packo**

**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2011 r. przez **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Gdańsk**

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group 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 **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie** na rzecz **Miasta Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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 2010 r. Nr 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Miasto Gdańsk zwane dalej „zamawiającym” reprezentowane przez Gdańskie Inwestycje Komunalne sp. z o.o. w Gdańsku, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie w celu zawarcia umowy na ubezpieczenie inwestycji: Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego. Zadanie IV. Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej – Węzeł Ku Ujściu.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex – ante negocjacje bez uprzedniego ogłoszenia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2011 r. pod numerem 2011/S 195 – 317658.

W dniu 21 grudnia 2011 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie w (dalej „odwołujący”) o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W konsekwencji dnia 30 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 28 grudnia 2011 r. odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując dnia 29 grudnia 2011 r. zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 2 ust. 7a Pzp, art. 66 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 72 kodeksu cywilnego (kc), poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w trybie z wolnej ręki.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania zostało wskazane, iż pismem z dnia października 2011 r. (znak DP/PZ-4410/2011/JM) zamawiający skierował do odwołującego zaproszenie do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej

ręki na „Ubezpieczenie Inwestycji: Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk-Trasa Słowackiego”. Zadanie IV. Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej- Węzeł Ku Ujściu”. W treści powołanego dokumentu zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje ubezpieczenie inwestycji „Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego”, Zadanie IV, Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej - Węzeł Ku Ujściu” (dalej „inwestycja”), w tym budowy Tunelu pod Martwa Wisłą, w zakresie ryzyk budowy i montażu realizacji Inwestycji - ubezpieczenie „All Risks” ryzyk budowy i montażu obejmujące straty i szkody ubezpieczonych wraz z okresem testów i prób gorących, odpowiedzialności cywilnej związanej z realizacją Inwestycji w zakresie szkód na osobie i mieniu, maszyny drążącej Tunnel Boring Machine (dalej jako „TBM”) w ramach ubezpieczenia od awarii (CPE/CPM) - ubezpieczenie maszyny drążącej od awarii, także w okresie prób i testów prowadzonych w ramach realizacji prac w zakresie warunków CPE/CPM.

W dniach 13 października 2011 r., 04 listopada 2011 r. oraz 8 listopada 2011 r., odbyły się negocjacje w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki prowadzone przez upoważnionych przedstawicieli stron, potwierdzone protokołami z negocjacji.

Zgodnie z treścią protokołu z dnia 8 listopada 2011 r. strony porozumiały się co do wszystkich istotnych postanowień umowy. Zamawiający zaakceptował warunki ubezpieczenia, składkę oraz stawki promilowe, a strony zgodnie potwierdziły zakończenie negocjacji. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w treści powołanego wyżej protokołu z negocjacji. Pomimo zakończonych negocjacji zamawiający uchylał się od obowiązku zawarcia umowy o ustalonej przez strony treści. W dniu 28 listopada 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż z uwagi na brak określenia wartości maszyny TBM, nie można ostatecznie ustalić wartości składki ubezpieczeniowej, a tym samym zmuszony jest wstrzymać się z zawarciem umowy.

Działania zamawiającego jakie podejmował przez cały okres przypadający po odbytych negocjacjach, wskazywały na wolę zawarcia umowy z odwołującym. Świadczy o tym przede wszystkim wymieniona w związku z tymi okolicznościami korespondencja, w toku której zamawiający przekazywał informacje dotyczące zdarzeń objętych ubezpieczeniem, jak również okoliczności wpływających na zakres oraz wysokość ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.

W dniu 9 grudnia 2011 r. odwołujący wezwał zamawiającego do zawarcia umowy w formie pisemnej oraz zapłaty uzgodnionej w toku negocjacji składki na ubezpieczenie.

Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2011 r. odpowiedział na żądanie odwołującego, odmawiając racji jego twierdzeniom w zakresie zgłoszonego przez niego żądania zapłaty składki.

Następnie pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. (doręczone odwołującemu tego samego dnia) zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w trybie z wolnej ręki, powołując się w tym zakresie na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

W ocenie odwołującego działania zamawiającego stanowią oczywiste naruszenie postanowień ustawy, jak również treści przepisów kodeksu cywilnego.

Odwołujący argumentował, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie znajduje zastosowania do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zdaniem odwołującego przepis odnosi się wyłącznie do trybów udzielenia zamówienia publicznego, w których wykonawcy w celu udziału w postępowaniu składają zamawiającemu oferty. Natomiast niniejsze postępowanie było prowadzone w trybie z wolnej ręki, gdzie nie dochodzi do złożenia ani przyjęcia oferty. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na zamawiającym (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2011 r., KIO 1943/11).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za przyrzeczenie publiczne zawarcia umowy, od którego uwolnić się można jedynie przy zaistnieniu przeszkód wymienionych enumeratywnie w ustawie (tak: E. Norek, Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych, Legalis). Nie można więc unieważnić postępowania o zamówienie publiczne bez przyczyn ustawowych lub z innych powodów, niż podaje ustawa (wyrok Zespołu Arbitrów z 11 października 1999 r., UZP/ZO/10-934/99). Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, ze względu na restrykcyjny charakter oraz zasadę numerus clausus przesłanek unieważnienia postępowania, nie może być więc interpretowany rozszerzająco (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1100/11 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1693/11).

W niniejszym przypadku zamawiający zastosował art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez analogię do trybów przewidzianych w ustawie, w których składane są oferty. Takie działanie jest sprzeczne z treścią przepisu art. 93 Pzp oraz stanowiskiem orzecznictwa i doktryny w tym zakresie. Odwołujący wskazywał, iż w trybie zamówienia z wolnej ręki nie występuje element gwarantujący przejrzystość decyzji zamawiającego w zakresie zastosowania dyspozycji z art. 93 ust. 1 pkt 4, którym jest podanie przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp). Przemawia to za niedopuszczalnością stosowania tej normy do trybu postępowania, w którym nie są składane oferty i nie ma zastosowania art. 86 ust 3 ustawy.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, iż w przypadku uznania, że zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, unieważnienie postępowania jest niezgodne z ustawą, gdyż nie mógł w niniejszym przypadku zastosować art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, a tym samym unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zakończyło się ono w dniu 8 listopada 2011 r. oraz zamawiający posiada wystarczające środki na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący odniósł się do art. 2 pkt 7a ustawy twierdząc, iż w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jest postępowanie wszczynane w celu wynegocjowania postanowień umowy, (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 576/11, KIO 577/11, Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 10 stycznia 2011 r., sygn. akt BDF1/4900/103/113/10/2990). W dniu 8 listopada 2011 r. strony zgodnie zakończyły negocjacje wszystkich postanowień umowy, skutkiem czego postępowanie zakończyło się. Zawarcie umowy prowadzi do zaciągnięcia przez zamawiającego zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym i z tych względów stanowi jedynie pochodną wyboru najkorzystniejszej oferty albo uzgodnienia treści przyszłej umowy - w przypadku postępowań prowadzonych trybie zamówienia z wolnej ręki. Za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki ustawodawca powiązał skutek w postaci zakończenia postępowania z chwilą ustalenia warunków przyszłej umowy, a nie z chwilą jej zawarcia (art. 2 pkt 7a ustawy).

Dalej odwołujący wskazał, iż zamawiający unieważnił postępowanie, uzasadniając swoją decyzją brakiem środków na realizację zamówienia. Okoliczność ta w ocenie odwołującego w niniejszym przypadku w ogóle nie zaistniała. Podczas spotkania negocjacyjnego w dniu 4 listopada 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, że przedstawi podaną kwotę składki na Komitecie Sterującym Projektów, a 4 dni później - w dniu 8 listopada 2011 r. potwierdził, że przyjmuje zaproponowane warunki, w tym podaną kwotę składki. W ostatecznej wersji umowy, uzgodnionej w dniu 8 listopada 2011 r., strony ustaliły wysokość wynagrodzenia odwołującego, wskazując, iż zostanie ono doprecyzowane po ostatecznym zweryfikowaniu wartości TBM, przy zastosowaniu ustalonej stawki procentowej składki. Zamawiający zakładał więc od początku, że weryfikacja nastąpi po zawarciu umowy (por. pkt. II.4.3 i 4 zaproszenia do negocjacji), a do wyliczenia składki będzie miała zastosowanie stała stawka 43,40 promila (str. 12, załącznik 1 protokołu z dnia 8 listopada 2011 r.). Zdaniem odwołującego przedmiotowe postępowanie stanowi jedynie element prowadzonej przez zamawiającego inwestycji. Nie wydaje się zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, aby zamawiający, jako jednostka sfery budżetowej, nie planował wydatków związanych z realizacją tak dużego i znaczącego przedsięwzięcia, jakim jest Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk- Trasa Słowackiego". Zadanie IV. Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej- Węzeł Ku Ujściu w tym budowa Tunelu pod Martwą Wisłą w Gdańsku. Podkreślił odwołujący, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało wszczęte przez zamawiającego po przednio wszczętym i unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z art. 32 Pzp zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do oszacowania wartości zamówienia, a tym samym kwoty jaką jest w stanie przeznaczyć na jego realizację. Odwołujący w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, podał wyższe stawki i składkę, aniżeli wskazane w poprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, czemu zamawiający na żadnym etapie negocjacji się nie sprzeciwił, nie podejmował również prób obniżenia wartości określonych przez odwołującego, co więcej zaakceptował je w pełni (pkt 6 protokołu z negocjacji z dnia 8 listopada 2011 r.).

Odwołujący zauważył także, iż niezgodne z postanowieniami ustawy jest przerzucanie na niego ciężaru prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do czego właśnie zmierzałoby działanie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wywiązał się ze wszystkich poczynionych z zamawiającym ustaleń, ponosząc zgodnie z ustaleniami znaczne koszty związane z prawidłowym ubezpieczeniem inwestycji. Jak wynika bowiem z treści protokołu z negocjacji z dnia 8

listopada 2011 r. (pkt 6) na wniosek zamawiającego ochrona ubezpieczeniowa została udzielona od czasu zawarcia przez zamawiającego umowy z wykonawcą inwestycji, pod warunkiem złożenia oświadczenia przez zamawiającego, że nie wystąpiły w tym okresie żadne szkody. Powyższe oświadczenie zostało złożone przez zamawiającego w dniu 9 listopada 2011 r. zgodnie z jego reprezentacją. Powyższe bezsprzecznie przesądza o tym, że zamawiający podejmował wszelkie działania zmierzające do zawarcia umowy z odwołującym, następnie jednak po zakończeniu procesu negocjacji, przez okres kilku tygodni zwlekał z podpisaniem umowy, zasłaniając się niemożnością ustalenia ostatecznej kwoty jaką może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie miał możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy, bowiem przepis ten nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

Na rozprawie w dniu 11 stycznia 2012 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba oddaliła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest ocena, czy zamawiający prawidłowo postąpił unieważniając przedmiotowe postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Z art. 93 ustawy wynika, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia



postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym.

Według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający unieważnia postępowania jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Powołany przepis nawiązuje do regulacji art. 86 ust. 3 Pzp zobowiązującego zamawiającego do padania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wykładnia zarówno językowa, jak i celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż znajduje on zastosowanie wyłącznie w postępowaniach, w których wykonawcy składają oferty.

Tym czasem przez zamówienie z wolnej ręki zdefiniowane w art. 66 ust. 1 Pzp ustawodawca rozumie tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zamówienie z wolnej ręki jest zatem sposobem zawarcia umowy odpowiadającym negocjacjom, do których odnosi się art. 72 § 1 kc. Oznacza to, że w tym trybie do zawarcia umowy nie dochodzi w drodze złożenia i przyjęcia oferty, lecz wówczas, gdy strony prowadzące negocjacje dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji, z uwzględnieniem jednak konieczności zachowania pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 ust. 2 Pzp). Zatem znaczenie negocjacji, w kontekście konieczności zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, wymaganej dla udzielenia zamówienia publicznego, sprowadza się do wypracowania projektu przyszłej umowy, natomiast decyzja o zawarciu umowy (poprzedzona zatwierdzeniem wyników negocjacji) jest podejmowana przez kierownika zamawiającego, jako osobę odpowiadającą za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp). Innymi słowy w przypadku, gdy ważność negocjowanej umowy wymaga zachowania formy szczególnej pod rygorem nieważności, pozytywny wynik negocjacji nie ma znaczenia prawnego, a dopiero zawarcie umowy w wymaganej formie stanowi udzielenie zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie z wolnej ręki, podobnie jak każde inne postępowanie o zamówienie publiczne, kończy się wraz z zawarciem umowy

(udzielenie zamówienia). Wbrew twierdzeniom odwołujących z brzmienia art. 2 pkt 7a Pzp, zgodnie z którym postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wszczynane w celu wynegocjowania postanowień umowy nie wynika, iż wraz z zakończeniem negocjacji przez komisję przetargową i uzgodnieniem przez tę komisję wszystkich postanowień przyszłej umowy, postępowanie o zamówienie publiczne kończy się. Wynegocjowanie przez strony postanowień przyszłej umowy jest elementem niezbędnym, aby zamówienie publiczne mogło zostać udzielone. Zważywszy, że celem postępowania jest zawarcie umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z ustawą, norma wyrażona w art. 2 pkt 7a ustawy potwierdza tak zdefiniowany cel postępowania (tak też w wyroku KIO z dnia z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2685/10 oraz KIO 2686/10).

Następnym zasadnym jest wskazanie, iż negocjacje, prowadzone zwykle z wykonawcą przez komisję przetargową, jako zespół pomocniczy kierownika zamawiającego (art. 20 ust. 1 Pzp), nie muszą doprowadzić do zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Wynik negocjacji (uzgodnienie wszystkich negocjowanych postanowień przyszłej umowy), aby mógł rodzić po stronie wykonawcy roszczenie o zawarcie umowy, wymaga zatwierdzenia przez kierownika zamawiającego, a gdy wcześniej wykonawca nie złożył dokumentów wymaganych na podstawie art. 68 ust. 2 Pzp, dopiero po ich złożeniu i wykazaniu zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Jeśli negocjujące strony nie osiągną porozumienia co do treści mającej łączyć je umowy bądź ustalenia poczynione przez komisję przetargową z wykonawcą nie spotkają się z aprobatą kierownika zamawiającego (innej, upoważnionej osoby) lub wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wówczas umowa nie może być zawarta, a tym samym zamówienie publiczne udzielone.

Pozostaje rozstrzygnąć, w jaki sposób w takiej sytuacji postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki powinno zostać zakończone. Wprawdzie ustawodawca wprost nie wyłączył stosowania art. 93 ust. 1 Pzp do trybu zamówienia z wolnej ręki, jednakże uwzględniając gwarancyjny charakter regulacji art. 93 ust. 1 Pzp, którego celem jest wyeliminowanie dowolności po stronie zamawiającego w zakresie podejmowania decyzji o zakończeniu postępowania w inny sposób niż udzieleniem zamówienia, postanowienia art. 93 ust. 1 Pzp pozbawione są z tego punktu widzenia znaczenia prawnego i faktycznego. Żadna z przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 Pzp, w tym także art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zdaje się nie odnosić do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ewentualnie w konkretnym stanie faktycznym można rozważać

zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazujący unieważnić postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający zawsze, gdy nie będzie chciał udzielić zamówienia wykonawcy, którego zaprosił do negocjacji, uprawniony jest do stwierdzenia, iż warunki przyszłej umowy proponowane przez wykonawcę mu nieodpowiadają, co skutkować będzie niezawarciem umowy. Zatem uprawnionym wydaje się być pogląd, iż wprowadzenie przez ustawodawcę katalogu przesłanek unieważnienia postępowania nieprzystający do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, oznacza, iż instytucja unieważnienia postępowania (ewentualnie z wyłączeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp) nie znajduje zastosowania do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zatem zawsze jest uprawniony do zakończenia postępowania poprzez odstąpienie od negocjacji (nieuzgodnienie warunków przyszłej umowy). Decyzja taka może być podjęta aż do zatwierdzenia wyników postępowania przez kierownika zamawiającego, a nawet później, bowiem, jak wynika z art. 68 ust. 2 Pzp najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż niezależnie od tego, czy zamawiający z odwołującym porozumeli się co do wszystkich warunków przyszłej umowy, czy też do uzgodnienia nie doszło, Izba ocenia decyzję zamawiającego jako prawidłową. Przede wszystkim bowiem, co potwierdził zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 stycznia 2012 r., komisja przetargowa działała wyłącznie jako zespół pomocniczy zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił, aby którykolwiek z członków komisji dysponował pełnomocnictwem upoważniającym do zatwierdzenia wyników postępowania w imieniu kierownika zamawiającego. Taki zakres uprawnień komisji przetargowej nie wynika także z zarządzenia nr 14/2009 Prezesa Zarządu Spółki Gdańskie Inwestycje Komunalne Euro 2012 sp. z o.o. z dnia 8 lipca 2009 r. w sprawie wprowadzenia Regulaminu udzielania zamówień publicznych w spółce Gdańskie Inwestycje Komunalne Euro 2012 sp. z .o.o. wraz z Regulaminem pracy komisji przetargowej w Spółce Gdańskie Inwestycje Komunalne Euro 2012 sp. z o.o. Wprawdzie podana przez zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania (per analogiam zastosowany art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp) z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu powyżej nie była prawidłowa,

niemniej jednak zamawiający w okolicznościach sprawy, wobec nie zatwierdzenia wyników negocjacji przez kierownika zamawiającego, nie miał obowiązku zawarcia umowy.

Izba podziela pogląd wyrażony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 10 stycznia 2012 r.), iż prowadzone w toku postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje, podczas których strony ustalają postanowienia umowy, nie skutkują zawarciem umowy. Zawarcie umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzedza ciąg czynności, jednak zawarcie umowy następuje z chwilą złożenia podpisów przez jej strony na dokumencie umowy, bowiem mowa o zamówienie publiczne wymaga formy pisemnej od solemnitatem (art. 139 ust. 2 Pzp). Nie jest sporne w okolicznościach sprawy, że do podpisania dokumentu umowy nie doszło.

Dodać trzeba, iż powadzenie negocjacji z zachowaniem dobrych obyczajów, do których odwołuje się art. 72 par. 2 kc, wymagało od zamawiającego wyraźnego zakomunikowania odwołującemu, iż do udzielenia zamówienia nie dojdzie, niemniej jednak okoliczność ta, jak i cały proces negocjacyjny może być oceniany wyłącznie w świetle odpowiedzialności art. 72 par. 2 kc. Roszczenia w tym zakresie powinny być ewentualnie kierowane do sądu powszechnego.

Niewątpliwie jednak fakt unieważnienia postępowania przez zamawiającego dowodzi, iż zamawiający nie miał woli zawarcia umowy z odwołującym i decyzję zamawiającego w tej kwestii należy interpretować jako oświadczenie wyrażające brak akceptacji dla proponowanych warunków przyszłej umowy. Jej uzasadnienie wskazuje, iż kierownik zamawiającego nie zaakceptował zaproponowanej przez odwołującego ceny i uznał, iż dalsze negocjacje nie są uzasadnione, do czego był zarówno na gruncie Pzp, jak i kc uprawniony.

Zważywszy przedstawioną argumentację w okolicznościach faktycznych sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 2 ust. 7a Pzp, art. 66 oraz 14 Pzp w zw. z 72 kc. Natomiast naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....