



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Wiceprezes

Przemysław Grosfeld

DKZP.WKZ3.442.58.2024.OL

KND/56/24/DKZP

Warszawa, dnia 11.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta ul. Senatorska 29/31 00-099 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	<i>sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie oraz sporządzanie dodatkowych i/lub zamiennych opracowań projektowych</i>
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 5 ustawy Pzp
Wszczęcie postępowania:	30 stycznia 2024 r.
Wartość zamówienia:	930.000,00 zł (200.556,38 euro)
Środki UE:	nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

UZASADNIENIE

W toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp na *sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie oraz sporządzenie dodatkowych i/lub zamiennych opracowań projektowych.*

W dniu 18 sierpnia 2017 r. pomiędzy zamawiającym: Miastem Stołecznym Warszawa, w imieniu którego działał Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z siedzibą w Warszawie a wykonawcą: Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorfie została zawarta umowa nr ZP/5/PN/5/17, na *opracowanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego pn. Budowa ekranów akustycznych w ciągu al. Stanów Zjednoczonych na odc. od ul. Bajorńskiej do ul. Międzynarodowej wraz z wymianą nawierzchni jezdni i modernizacją wiaduktu zlokalizowanego nad ul. Paryską* (dalej też: „Umowa nr ZP/5/PN/5/17”).

Pismem z dnia 30 listopada 2023 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego w tym samym dniu), wykonawca: Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorfie *złożył oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy nr ZP/5/PN/5/17 w zakresie wskazanym w §1 ust. 2 Umowy dotyczącym zobowiązania nadzoru autorskiego - ze skutkiem wygaśnięcia Umowy ex nunc (tj. na przyszłość).*

Pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że *na podstawie art. 636 kc odstępuje od umowy nr ZP/5/PN/5/17 z dnia 18.08.2017 r. w części niewykonanej z przyczyn zawnionych przez Wykonawcę.*

W dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy pn. *Sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie”* (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nr 2024/BZP 00079294/01).

Zgodnie z sekcją 4.1.) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy pod nazwą: Tryb udzielenia zamówienia/wraz z podstawą prawną wskazano, że zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W sekcji 5.1.1) i 5.1.3) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy: Nazwa (firma) wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia (w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia – dotyczy pełnomocnika, o którym mowa w art. 58 ust. 2 ustawy), wskazano wykonawcę: Bico Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W protokole postępowania jako podstawę wszczęcia postępowania z wolnej ręki wskazano art. 214 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 5) ustawy Pzp (pkt 5 protokołu postępowania).

Zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania zostało przekazane w dniu 30 stycznia 2024 r. do Bico Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniach 6-15 luty 2024 r. Zamawiający przeprowadził negocjacje z zaproszonym Wykonawcą.

W dniu 20 lutego 2024 r. pomiędzy zamawiającym: Miastem stołecznym Warszawa, w ramach którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie a wykonawcą Bico Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego na *sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie” oraz sporządzanie dodatkowych lub zamiennych opracowań projektowych (§1 Umowy nr ZRM/UM/17/EFPS/2024).*

Zgodnie z §3 ust. 2 Umowy nr ZRM/UM/17/EFPS/2024 obowiązki Wykonawcy obejmują pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji w oparciu o Projekt, w następującym zakresie: 1) nadzór nad zgodnością wykonawstwa robót budowlanych z dokumentacją projektową w zakresie rozwiązań użytkowych, technicznych, technologicznych, materiałowych i doboru urządzeń; 2) udzielanie Wykonawcy lub Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących przedmiotu umowy dotyczących dokumentacji projektowej i zawartych w niej rozwiązań oraz uzupełnianie szczegółów dokumentacji projektowej; 3) uzgadnianie z Zamawiającym i wykonawcą robót budowlanych możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej w zakresie materiałów i konstrukcji, rozwiązań technicznych, technologicznych i użytkowych, jednak o jakości i standardzie nie niższych niż przewidziano w dokumentacji projektowej, 4) opiniowanie przedstawionych przez wykonawcę robót lub Zamawiającego propozycji rozwiązań zamiennych lub ich wskazywanie w przypadku niemożności zastosowania rozwiązań występujących w dokumentacji projektowej lub gdy ich zastosowanie jest nieekonomiczne lub nieefektywne w świetle aktualnej wiedzy technicznej i zasad sztuki budowlanej, a koszt zastosowania nowych nie zwiększy kosztów zadania z zastrzeżeniem, że każde z tych rozwiązań musi być zaakceptowane przez Zamawiającego; 5) ocenę parametrów lub wyników szczegółowych badań materiałów i konstrukcji w zakresie zgodności z rozwiązaniami projektowymi i obowiązującymi przepisami; 6) udział przedstawiciela Wykonawcy w komisjach i naradach technicznych organizowanych przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu, w odbiorach częściowych i odbiorze końcowym robót budowlanych oraz czynnościach mających na celu doprowadzenie do osiągnięcia projektowanych zdolności użytkowych obiektów - przy czym obowiązek stawiennictwa wymaga poinformowania przez Zamawiającego Wykonawcy o terminie obowiązkowego stawiennictwa z wyprzedzeniem co najmniej 3 dni roboczych.

Wykonawca zobowiązany jest także do sporządzenia dodatkowych lub zamiennych opracowań projektowych wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji, opinii i uzgodnień, eliminacji błędów w dokumentacji projektowej

autorstwa Schuessler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Dusseldorfie, uzgodnienia i wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz uzupełnienia stwierdzonych braków w dokumentacji projektowej. Wyżej wskazane czynności określają obowiązki Wykonawcy względem błędów dokumentacji projektowej autorstwa Schuessler-Plan zgłoszonych Zamawiającemu do 25.01.2024. Wykaz tych zgłoszeń (ZDP) stanowi Załącznik nr 1 do Umowy (§3 ust. 3 Umowy nr ZRM/UM/17/EFPS/2024).

Ad 1

Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 [lit. a)] ustawy Pzp oraz w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. wskazał, iż pojęcia przyczyn technicznych nie należy utożsamiać z pojęciem przyczyn technologicznych, nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich wykorzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia (wyr. SA w Warszawie z 21.1.2015 r., I ACa 1201/14, Legalis).

Bico Group Sp. z o.o. pełni dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego funkcję Inżyniera Kontraktu, a więc posiada całość dokumentacji projektowej oraz dokładną wiedzę na temat etapu realizacji inwestycji i jej bieżących problemów. Bico Group Sp. z o.o. nie wykonuje na podstawie innej umowy zbieżnego przedmiotu zamówienia, jednakże funkcja pełniona przez w/w podmiot przy realizacji inwestycji drogowej upoważnia do twierdzenia, że jest to jedyny wykonawca zdolny zrealizować zamówienie zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Przez okres ponad 7 miesięcy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w/w spółka zapoznała się na wysokim poziomie szczegółowości z całością dokumentacji projektowej (...). Zamawiający stwierdził, że nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, co może aktualizować również przesłankę wskazaną w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ad 2

Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (pkt 5 protokołu postępowania) wskazał, że po rozpoczęciu robót budowlanych Zamawiający stwierdził liczne przypadki niewykonania zobowiązań umownych przez Projektanta, nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez Projektanta, czy też błędów projektowych.

1. Zmiana lokalizacji ekranów akustycznych L3a i L3b - w związku z brakiem możliwości wycięcia kolidującego z ekranem akustycznym drzewa, Projektant opracował dokumentację zamienną ekranu, którą przekazał pismem WA/23/A/1292/USA z dnia 24.11.2023 r. Przedstawiona dokumentacja zawiera szereg błędów, w tym: - kolizja pala nr 35 z istniejącym i uwidocznionym na mapach kablem SN (przedmiot zapytania do Projektanta nr 59 rew. 2 z dnia 7.12.2023 r.); - konstrukcja słupów ekranów nie została dostosowana do nowego przebiegu ekranu (przedmiot zapytania do Projektanta nr 59 rew. 1 z dnia 5.12.2023 r.). Powyższe błędy uniemożliwiają realizację prac na wskazanym odcinku, co na chwilę obecną skutkuje koniecznością ponownej (trzeciej) mobilizacji sprzętu do wykonania pali CFA, a w przypadku nie rozwiązania przedstawionych problemów, brakiem możliwości zakończenia prac w terminie.
2. Niweleta i konstrukcja drogi - założenia projektu drogowego są niemożliwe do zrealizowania z uwagi na różnice stanu rzeczywistego w stosunku do założeń projektu w zakresie geometrii drogi i jej konstrukcji (różnice w grubości poszczególnych warstw), co świadczy o braku właściwego rozpoznania na etapie opracowywania projektu. Dodatkowo Projektant nie wskazał sposobu odtworzenia konstrukcji jezdni w miejscach gdzie przewidziano jej całkowitą rozbiórkę. Wykonawca zwrócił się o uzupełnienie rozwiązań

w dniu 9.03.2023 i mimo późniejszych ustaleń i dostarczonych Projektantowi danych (wykonane przez Wykonawcę pomiary geodezyjne i odwierty) do dnia dzisiejszego nie przedstawiono rozwiązań pozwalających na realizację prac drogowych. Na dzień dzisiejszy brak jest kompletnego projektu układu drogowego obejmującego w szczególności: rozwiązanie problemu braku skrajni pod istniejącymi obiektami inżynierskimi (kładka dla pieszych w rejonie ul. Międzynarodowej); rozwiązania geometryczne poza jezdnią (chodniki, ekrany akustyczne itp.); rozwiązania w zakresie naprawy istniejących i przewidzianych do pozostawienia warstw konstrukcyjnych (np. spękana podbudowa); rozwiązania w zakresie odtworzenia przewidzianej do rozbiórki konstrukcji drogi (w miejscach przejść instalacji w wykopach otwartych, fragmenty drogi zlokalizowane za nowo wybudowanymi obiektami inżynierskimi rozwiązania połączeń różnych konstrukcji nawierzchni (np. styk nawierzchni odtwarzanej i wzmacnianej); rozwiązania materiałowe zgodne z możliwościami technicznymi realizacji lub wytyczne materiałowe proponowanych w trakcie uzgodnień roboczych rozwiązań. Z uwagi na brak powyższych danych nie jest możliwe wykonywanie robót brukarskich i nawierzchniowych w zaplanowanych terminach. W przypadku nie przedstawienia rozwiązań projektowych należy spodziewać się roszczeń finansowych i terminowych Wykonawcy.

3. Zagospodarowanie zieleni - przedstawiona dokumentacja jest niezgodna z uzyskanym na etapie uzgadniania projektu zagospodarowania terenu warunkiem w zakresie rozmieszczenia nasadzeń, na co Urząd m.st. Warszawy zwrócił uwagę w trakcie opiniowania aktualizacji PSOR. Skierowane w tej sprawie pismo do projektanta nr 0593.PAR.2023 z dnia 31.10.2023 r. pozostaje bez odpowiedzi.
4. Przedstawiona dokumentacja zawierała szereg niejasności i rozbieżności pomiędzy różnymi dokumentami projektowymi (projekt mostowy, drogowy, SOR) w zakresie barier energochłonnych, a dotyczących parametrów barier, potwierdzenia skuteczności przewidzianych do pozostawienia barier w kontekście zaprojektowanych za nimi przeszkód w postaci ekranów akustycznych, sposobów dołączeń różnych systemów barier, lokalizacji, sposobu zabezpieczenia antykorozyjnego. Ww. wątpliwości i rozbieżności były przedmiotem kierowanych do Projektanta za pośrednictwem Inżyniera zapytań nr 11, 11 rew. 1-4. Pytanie nr 11 rew. 4 zostało zwrócone pismem WA/23/A/1332/USA z dnia 3.12.2023 (otrzymano 12.12.2023) bez odpowiedzi. Dodatkowo rozwiązania przedstawione przez Projektanta nie spełniają zaleceń podanych przez Zarząd Dróg Miejskich w piśmie z dnia 12.09.2023 r. (znak sprawy TOR.4040.1.352.2023.MGO) wskazujących na ewentualną (w zależności od decyzji BZRD) konieczność zastosowania osłon energochłonnych U-15a na stronie północno-wschodniej skrzyżowania Alei Stanów Zjednoczonych z ul. Saską. W świetle stanowiska projektanta ostateczne rozwiązanie kwestii barier nie jest na dzień dzisiejszy możliwe i może skutkować brakiem możliwości realizacji ww. prac w zaplanowanym terminie (kwiecień 2024).
5. Urządzenia dylatacyjne - dokumentacja rysunkowa mostowa przewidywała zastosowanie urządzeń dylatacyjnych palczastych podczas gdy ST zawierała wymagania dla urządzeń modułowych. Skutkiem ww. rozbieżności jest brak wymagań dla poszczególnych elementów systemu. Mając powyższe na uwadze uzgodniono, że materiały dotyczące dylatacji (w tym materiały montażowe) podlegać będą akceptacji Projektanta. Wysłane w dniu 29.09.2023 pismo 0473.PAR.2023 w ww. sprawie pozostaje bez odpowiedzi. Dodatkowo należy zwrócić na skierowane przez Wykonawcę zapytanie do Projektanta nr 67 z dnia 12.12.2023 r. wskazujące na zbyt małą w stosunku do założeń obliczeniowych i przyjętego ostatecznie rodzaju urządzenia dylatacyjnego szczelinę. Ww. problem stanowiący błąd projektowy, w świetle stanowiska projektanta może skutkować brakiem możliwości zabetonowania ustroju nośnego (segment od podpory nr 13), który planowany jest na drugą połowę stycznia 2024.

6. Błędy projektowe - wg stanu na dzień 12.12.2023 r. błędy projektowe są tematem ok. 72% kierowanych przez Wykonawcę zapytań, a konieczność oczekiwania na wyjaśnienia utrudniają lub uniemożliwiają prawidłową realizację procesu inwestycyjnego.
7. Brak odpowiedzi - wg stanu na dzień 12.12.2023 projektant nie udzielił odpowiedzi na 13 zapytań - z czego część omówionych powyżej spraw jest niezwykle pilna do rozwiązania z uwagi na zagrożenie terminu realizacji prac.

Mając na względzie powyższe, a także kierowane do Projektanta wezwania do wykonywania zobowiązań umownych i nieprzejednaną odmową Projektanta co do wykonywania zobowiązań umownych jak też obowiązków ustawowych (sprawowanie nadzoru autorskiego) Zamawiający złożył Projektantowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części niewykonanej z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Zatem Zamawiający, który realizuje obecnie umowę na roboty budowlane o wartości 72 143 244,47 zł netto tj. 88 736 190,70 zł brutto nie posiada Projektanta, który pełniłby nadzór autorski, a co naraża Zamawiającego na poniesienie w krótkim czasie znacznej szkody. Przerwanie ciągłości robót budowlanych spowodowane brakiem nadzoru autorskiego co najmniej do momentu udzielenie zamówienia publicznego skutkować może generowaniem dla Zamawiającego dodatkowych kosztów o znacznej wysokości, a związanych ze wstrzymaniem i późniejszym wznowianiem prac na budowie oraz zgłaszaniem przez wykonawcę robót budowlanych roszczeń terminowych i finansowych. Wykonawca robót budowlanych poinformował wstępnie Zamawiającego, że szacowany dzienny koszt całkowitego przestoju budowy może wynieść ok. 20 tys. PLN netto. W przypadku dłuższego przestoju należy liczyć się z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów ponownej mobilizacji Podwykonawców (bądź pozyskania nowych Podwykonawców, którzy nie będą w stanie realizować umów na dotychczasowych zasadach), które trudno obecnie oszacować, a które mogą być znaczne.

W wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. Zamawiający wyjaśnił, że Wnioskodawca to podmiot, który porzucił wykonywanie uprzednio zawartej Umowy, co spowodowało udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Zamówienie dotyczy m.in. usunięcia wad dokumentacji projektowej, w tym wad oczywistych i rażących, jak na przykład wadliwe ustalenie poziomu niwelety, skrajni pionowej pod istniejącą kładką dla pieszych w rejonie ul. Międzynarodowej, etc. Zamówienie dotyczy także nadzoru autorskiego, gdzie Wnioskodawca wskazywał jaskrawo przeszacowane godziny poświęcone na nadzór autorski, których uwzględnienie spowodowałoby wzrost wynagrodzenia poza dopuszczalny prawem limit, a częściowo wynikało ze wspomnianych błędów.

Czynności nadzoru autorskiego realizowane przez Projektanta - przedstawione w kartach nadzoru autorskiego były weryfikowane przez Inżyniera Kontraktu, który kwalifikował je jako zasadne (określał ilość należnych nadzorów) bądź w przypadku konieczności uszczegółowienia lub eliminacji rozbieżności w dokumentacji projektowej jako niezasadne, nie stanowiące nadzoru autorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego. W piśmie nr WA/23/A/0964/USA z dnia 18.08.2023 r. Projektant wyraził swoje stanowisko w zakresie kwalifikacji czynności nadzoru autorskiego oraz zwrócił się z prośbą o akceptację przedstawionego przez Wykonawcę sposobu rozliczania nadzoru autorskiego w pełnym wymiarze, lub też zaproponował rozliczenie ryczałtowe za każdy miesiąc prowadzonych prac bez ich szczegółowego zestawiania w kwocie 42 000,00 zł + VAT.

Powyższa propozycja oznaczała, że przy założeniu wykonywania przez Projektanta nadzorów autorskich przez kolejne 21 miesięcy, należałoby zwiększyć wynagrodzenie Projektanta o 882.000,00 zł netto, która to kwota przekraczała 50% pierwotnej wartości Umowy. Mając na względzie treść Umowy, jak i treść przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zmiana taka nie byłaby możliwa, o czym Projektant został poinformowany na spotkaniu w dniu 26.09.2023 r.

Nieprawdziwe są również twierdzenia Wnioskodawcy wskazane w akapicie 31 pisma (str.7). Kwota 119.771,25 zł brutto (choćby Zamawiający nie zatwierdził wskazanych przez Projektanta ilości pobytów) została zafakturowana przez Projektanta z tytułu (jak wskazał Projektant) pełnienia nadzoru autorskiego

zgodnie z kartami nadzoru autorskiego do listopada 2023 r. Natomiast zakres nadzorów autorskich zlecony Bico Group Sp. z o.o. dotyczył czynności nadzoru autorskiego od daty zawarcia umowy tj. od dnia 20.02.2024 r. Wnioskodawca za kontynuowania usługi nadzoru autorskiego wycenił, jak wyżej zostało wskazane, na kwotę 882.000,00 zł netto (1.084.860,00 zł brutto).

Mając na względzie powyższe, a także kierowane do Wnioskodawcy wezwania do wykonywania zobowiązań umownych i nieprzejednaną odmową Wnioskodawcy wykonywania zobowiązań umownych jak też obowiązków ustawowych (sprawowanie nadzoru autorskiego) Zamawiający przy piśmie nr SZRM-ILR.412.4.2023.LBO(501) z dnia 28.12.2023 r. złożył Projektantowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części niewykonanej z przyczyn zależnych od Wnioskodawcy. Jednocześnie Zamawiający poinformował Wnioskodawcę, że będzie dochodził od niego całości szkody poniesionej w wyniku nienależytego wykonania Umowy w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i odmowy wykonania Umowy w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego.

Fakt dokonania skutecznego odstąpienia Zamawiającego od Umowy potwierdza Projektant w Piśmie (str. 6 akapit 24) jednocześnie podając kolejne nieprawdziwe twierdzenie: (...) oczywistą konsekwencją odstąpienia przez Zamawiającego od umowy jest to, że Schuessler przestał tę umowę realizować, a na Zadaniu brakuje projektanta.

Zamawiający podnosi, że złożył Projektantowi oświadczenie o odstąpieniu od Umowy przy piśmie nr SZRM-ILR.412.4.2023.LBO(501) z dnia 28.12.2023 r., które to pismo zostało doręczone w dniu 08.01.2024 r., co oznacza, że do odstąpienia od Umowy doszło dopiero w dacie doręczenia w/w pisma. Natomiast Projektant już miesiąc wcześniej poinformował Zamawiającego pismem nr WA/23/A/1332/USA z dnia 06.12.2023 r., że nie pełni już nadzoru autorskiego dla zadania pn. Opracowanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego pn. Budowa ekranów akustycznych w ciągu al. Stanów Zjednoczonych na odc. od ul. Bajońskiej do ul. Międzynarodowej wraz z wymianą nawierzchni jezdni i modernizacją wiaduktu zlokalizowanego nad ul. Paryską, z uwagi na wygaśnięcie Umowy. Zatem kompletnie nieprawdziwe jest twierdzenie Wnioskodawcy, że oczywistą konsekwencją odstąpienia przez Zamawiającego od umowy jest to, że Schuessler przestał tę umowę realizować, gdyż nie realizował tejże umowy już znacznie wcześniej, tj. uchylał się od wykonywania czynności nadzoru autorskiego przed datą doręczenia Zamawiającemu pisma nr WA/23/A/1332/USA z dnia 06.12.2023 r.

W zakresie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki po spełnieniu niżej wskazanych przesłanek:

- ze względu na wyjątkową sytuację:

Zgodnie z orzecznictwem KIO i sądów - z wyjątkową sytuacją Zamawiający ma do czynienia, gdy Wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia - co w konsekwencji prowadzi do odstąpienia od umowy. Zamawiający wskazuje uchwały Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyrok WSA, które dowodzą, iż rozwiązanie umowy Zamawiającego z Wykonawcą jest sytuacją nieprzewidywalną, nadzwyczajną i wyjątkową.

W uchwale KIO/KD 58/10 [z dnia 6 sierpnia 2010 r.] Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, decyzję o rozwiązaniu umowy podjętej przez samych zamawiających i przewidzianej w zawartej umowie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Żaden inwestor nie zakłada podczas zawierania umowy, że od umowy trzeba będzie odstąpić z winy wykonawcy - Zamawiający również nie mógł się spodziewać, że nastąpi tak wiele tak istotnych

uchybień (brak organizacji na placu budowy, zawarcie wbrew postanowieniom umowy umów z podwykonawcami, w szczególności w zakresie konstrukcji monolitycznych, niereagowanie na wezwania Zamawiającego etc.).” W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził natomiast, że „samo rozwiązanie umowy nie może stanowić okoliczności wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej, albowiem była to decyzja podjęta przez samych Zamawiających”. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej fakt, że to zamawiający sami podjęli decyzję o rozwiązaniu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna, ponieważ była uzależniona od nieprzewidywalnych przesłanek. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że gdyby zapytać inwestora, przy podpisywaniu umowy czy odstąpiłby od niej, jeżeli wykonawca tak dalece opóźnia się z realizacją umowy, że realizacja przedmiotu umowy traci sens - odpowiedziałby, że tak, taka sytuacja uprawnia go do odstąpienia od umowy. O przewidywalności - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - można byłoby mówić tylko wówczas, gdyby zostało wykazane, że to zamawiający przez swoje zaniedbania w nadzorze dopuścili do opóźnień, które ostatecznie stały się podstawą wypowiedzenia umowy. W takiej sytuacji trudno twierdzić, że zamawiający mógł przewidzieć fakt rozwiązania umowy.

W uchwale z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, „nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi”. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwości. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia, gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia. Zdaniem składu orzekającego zamawiający powinien zakładać, że wypełnianie przez wykonawcę świadczenia musi być uznawane za sytuację normalną, powszechnie występującą a więc a contrario nie można zakładać, że niewypełnianie przez wykonawcę świadczenia nie może być uznawane za sytuację wyjątkową. Dlatego niewykonanie przez konsorcjum całego lub części zamówienia, mimo prowadzonych z tym podmiotem negocjacji, można uznać za czynnik uprawniający do uznania zaistnienia wyjątkowej sytuacji.

Podobnie stanowisko zostało wyrażone w uchwale z dnia 31 lipca 2013 r., KIO/KD 64/13, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „(...) choć nie budzi wątpliwości, że przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji, to jednak ocena ich zaistnienia w konkretnej sprawie musi być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu specyficznych dla niej okoliczności faktycznych. (...) Dopiero ustosunkowując się do zgłoszonych zastrzeżeń Prezes UZP szerzej uzasadnił negatywną ocenę odstąpienia od umowy jako wyjątkowej okoliczności, wyrażając własne stanowisko nie tyle w odniesieniu do wyjątkowego charakteru tej okoliczności, lecz co do możliwości przewidzenia przez zamawiającego, że do takiej wyjątkowej sytuacji dojdzie (...)”.

Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na uchwałę dnia 6 sierpnia 2010 r. KIO/KD 58/10 podkreśliła, że „Nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. (...) Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie - poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się również ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale KIO/KD 58/10, że „fakt podjęcia przez stronę zamawiającą decyzji o zakończeniu bytu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna, gdyż uzależniona przecież

była od nieprzewidywalnych przesłanek. Innymi słowy decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek - jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne i nie może być z góry zakładane".

Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Musi ona wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywanych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi interesu w powyższym rozumieniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowo-administracyjnym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., V SA/Wa 3123/08, Lex 507731)".

Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia musi być dla zamawiającego takim zdarzeniem, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Do wyjątkowej sytuacji niewynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego należy zaliczyć zdarzenia losowe o charakterze przyszłym i nieprzewidywanym, jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki (uchwała z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO/KD 2/15), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

Przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego:

Zamawiający wielokrotnie wskazywał Spółce Schuessler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH na liczne błędy wykonanej dokumentacji projektowej, które uniemożliwiały prawidłową i terminową realizację robót budowlanych. W związku z brakiem reakcji Wnioskodawcy zarówno na zgłaszane wady projektu jak również na wezwania Wnioskodawcy do wykonywania zobowiązań umownych i nieprzejechaną odmowę Projektanta w wykonywaniu tych zobowiązań, Zamawiający zmuszony był do odstąpienia od umowy.

Sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć:

Zamawiający zawierając umowę na wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej działań w przeświadczeniu, że wybrany w drodze procedury przetargowej wykonawca jest profesjonalistą i wykona przedmiot umowy w sposób prawidłowy, rzetelny i zgodny z przewidzianymi w opisie przedmiotu zamówienia założeniami z uwzględnieniem obowiązujących przepisów i norm. Zgodnie z orzecznictwem, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (wyrok SA z dnia 8.03.2006, sygn. I ACa 1018/05). Zamawiający nie był w stanie przewidzieć sytuacji, w której Wykonawca dokumentacji projektowej i nadzoru dopuszcza się tak licznych i rażących błędów uniemożliwiających prawidłową realizację robót budowlanych. Taka sytuacja Zamawiającemu nigdy wcześniej się nie zdarzyła.

Wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia:

Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę

zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska (tak wyr. SO w Warszawie z 7.11.2022 r., XXIII Zs 125/22, Legalis). W oparciu o wykonaną przez Spółkę Schuessler -Plan Ingenieurgesellschaft mbH dokumentację realizowane są roboty budowlane, których wartość wynosi 88 736 190,70 zł brutto. Z uwagi na skomplikowany charakter robót, który obejmuje m. in.: przebudowę drogi - Al. Stanów Zjednoczonych, rozbiórkę wiaduktów nad ul. Paryską, budowę wiaduktów nad ul. Paryską, budowę ekranów akustycznych oraz przebudowę infrastruktury technicznej Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia ciągłości nadzoru nad realizowanymi pracami. W przypadku przestoju spowodowanego brakiem nadzoru, Wykonawca robót budowlanych wystąpi do Zamawiającego z roszczeniem finansowym, które oszacował na kwotę min. 20.000,00 zł (netto) dziennie (wiadomość e-mail z dnia 19.01.2024 r. od przedstawiciela wykonawcy robót) (...).

Zamawiający, który realizuje obecnie umowę na roboty budowlane o znacznej wartości nie posiadał Projektanta, który pełniłby nadzór autorski, a co narażało Zamawiającego na poniesienie w krótkim czasie znacznej szkody. Przerwanie ciągłości robót budowlanych spowodowane brakiem nadzoru autorskiego, co najmniej do momentu udzielenia zamówienia w trybie podstawowym, skutkowałoby generowaniem dla Zamawiającego dodatkowych kosztów o znacznej wysokości. Wykonawca robót budowlanych w związku ze wstrzymaniem i późniejszym wznowieniem prac na budowie miałby uzasadnione roszczenia terminowe i finansowe. W przypadku dłuższego przestoju należałoby liczyć się z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów ponownej mobilizacji Podwykonawców (bądź pozyskania nowych Podwykonawców, którzy nie będą w stanie realizować umów na dotychczasowych zasadach), które trudno obecnie oszacować, a które mogą być znaczne. W niniejszym stanie faktycznym upływ czasu ma przełożenie na wysokość szkody w majątku Zamawiającego, dlatego podkreślenia również wymaga fakt, że spółka Bico Group Sp. z o.o. pełni dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego funkcję Inżyniera Kontraktu, a więc posiada całość dokumentacji projektowej oraz dokładną wiedzę na temat etapu realizacji inwestycji i jej bieżących problemów co umożliwia natychmiastowe pełnienie usługi. Co więcej przez okres ponad 7 miesięcy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w/w spółka zapoznała się na wysokim poziomie szczegółowości z całością dokumentacji projektowej (...), zatem przy wyborze w/w wykonawcy nie jest konieczne wielotygodniowe oczekiwanie na zapoznanie się z dokumentacją projektową w stopniu umożliwiającym pełnienie nadzoru autorskiego.

Ponadto nie bez znaczenia dla natychmiastowego wykonania zamówienia jest fakt realizacji inwestycji drogowej w największym i najludniejszym mieście w Polsce. Przy realizacji inwestycji drogowych w tak dużych miastach należy mieć na względzie skalę utrudnień dla mieszkańców, wysokość generowanych kosztów społecznych (czasu podróży użytkowników drogi, kosztów eksploatacji pojazdów, koszty wypadków drogowych, koszty związane z emisją zanieczyszczeń, koszty związane ze zmianami klimatycznymi, koszty związane z hałasem), zapewnienie czasów dotarcia na miejsce zdarzenia zespołom ratownictwa medycznego zgodnie z art. 24 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Bezsporne powinno być zatem, że inwestycje drogowe prowadzone na terenie silnie zurbanizowanym, takim jak m. st. Warszawa muszą być realizowane nieprzerwanie, w jak najkrótszym czasie. Biorąc pod uwagę powyższe oraz zasadę iż Zamawiający musi kierować się zasadą racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, pilne zlecenie usługi nadzoru autorskiego innemu podmiotowi było w pełni uzasadnione.

Nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia:

Zgodnie z Informatorem UZP nr 3/2023 średni czas trwania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE w przypadku usług trwa 38 dni. Przy uwzględnieniu skomplikowanego charakteru przedmiotowego zamówienia oraz stopnia zaawansowania robót budowlanych i licznych błędów dokumentacji, Zamawiający ogłaszając postępowanie w trybie podstawowym byłby zobowiązany do wyznaczenia terminu otwarcia ofert znacznie dłuższego niż minimalny przewidziany w ustawie, a zatem można przyjąć, że okres 38 dni nie był możliwy do dotrzymania. Ponadto należy podkreślić, iż Spółka Bico

Group pełni od dnia 26.05.2023 r. funkcję Inżyniera Kontraktu na przedmiotowej inwestycji, w związku z czym była w posiadaniu kompletnej dokumentacji oraz była w stanie bez zbędnej zwłoki podjąć czynności nadzorcze. W przypadku wyłonienia wykonawcy w drodze postępowania przetargowego, wykonawca taki potrzebowałby dodatkowego czasu na wdrożenie i przystąpienie do kompleksowej i profesjonalnej realizacji usługi, której wymaga tak złożona budowa. Ponadto zgodnie z Informatorem Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2023 w przypadku postępowań na usługi odwołania na czynności zamawiającego składane są w stosunku do ok. 50% postępowań. W związku z zaistniałym sporem pomiędzy Zamawiającym a firmą Schussler-Plan istniało duże prawdopodobieństwo, że spółka ta złożyłaby odwołanie tylko i wyłącznie celem przedłużenia procedury przetargowej, tym bardziej, jak to zostało wyżej wskazane, Zamawiający byłby zmuszony Wnioskodawcę wykluczyć z postępowania ze względu na nienależyte wykonanie Umowy. Należy nadmienić, iż zgodnie z informacją o działalności KIO z 2021 roku średni czas rozpatrywania odwołania trwał 30 dni. Biorąc pod uwagę pilność przedmiotowego postępowania oraz ryzyko poniesienia kosztów roszczeń oraz ryzyko, iż przeprowadzona procedura o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym nie gwarantuje wyłonienia wykonawcy, a tym samym zapewnienia nadzoru nad robotami, które są w kluczowym momencie realizacji, działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki było w pełni uzasadnione.

Przed wszczęciem postępowania z wolnej ręki Zamawiający dokonał szczegółowej analizy dotyczącej wyboru trybu. Tryb z wolnej ręki był jedynym prawidłowym i racjonalnym wyborem Zamawiającego, mając na względzie statystyki zawarte w informatorze UZP nr 3/2023, o których mowa powyżej oraz doświadczenie własne dotyczące długości trwania zbliżonych przedmiotem zamówienia (usługi) postępowań tj.:

- 1) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi związanymi z budową dróg gminnych na odcinku od ul. Marszałkowskiej do ul. E. Plater w Warszawie - zadanie I w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa ul. Projektowanej 5KD-L i ul. Projektowanej 8KD-L.

- ogłoszenie o zamówieniu 2021/BZP 00263236 z dnia 09.11.2021 r.;
- data podpisania umowy: 26.01.2022 r.
- Czas trwania procedury: łącznie 80 dni.

- 2) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi związanymi z rozbudową skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 898 - ul. 3 Maja i ul. Arkuszowej z drogą powiatową nr 5587W - ul. Estrady.

- ogłoszenie o zamówieniu 2023/BZP 00433495/01 z dnia 09.10.2023 r.
- data podpisania umowy: 15.01.2024 r.
- Czas trwania procedury: łącznie: 99 dni.

- 3) Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi związanymi z poprawą układu drogowego w Dzielnicy Białołęka - rozbudowa drogi powiatowej Kąty Grodziskie na odc. ul. Zdziarska; - ul. Berensona w Warszawie (budowa SZRM) oraz budowę kanalizacji ściekowej z uwzględnieniem nowego układu drogowego w ulicy Kąty Grodziskie na terenie Dzielnicy Białołęka m.st. Warszawy (budowa MPWiK).

- ogłoszenie o zamówieniu 2023/BZP 00211390/01 z dnia 11.05.2023 r.
- data podpisania umowy: 13.09.2023 r.
- Czas trwania procedury: łącznie 126 dni.

Średnia długość procedury wyłonienia wykonawcy dla porównywalnych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego wynosi ok. 102 dni, a zatem znacznie dłużej niż w wybranym w niniejszym przypadku trybu

z wolnej ręki. Zamawiający ponownie podkreśla, że samo wszczęcie postępowania w trybie konkurencyjnym nie gwarantuje zakończenia w postaci podpisania umowy.

Zamawiający uwzględniając charakter przedmiotowego zamówienia przyjął czas trwania procedury przetargowej w trybie podstawowym na okres ok. 80-100 dni. Biorąc pod uwagę realne zagrożenie wystąpienia do Zamawiającego z roszczeniem przez Wykonawcę robót budowlanych wysokość takich roszczeń zgodnie z informacją od firmy Warbud S.A. wyniosłaby ok. 25.000,00 zł (brutto) dziennie, zatem przy powyższym założeniu 80-100 dni, same koszty przestoju bez uwzględnienia wynagrodzenia wybranego w trybie podstawowym wykonawcy nadzoru osiągną wartość ok. 2.000.000,00-2.500.000,00 zł (brutto). Zamawiający wskazuje, że wartość umowy podpisanej w wyniku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki wyniosła 635.171,90 zł (brutto).

Dodatkowe okoliczności wskazujące na prawidłowość przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego:

Specyficzny charakter przedmiotu zamówienia tj.:

- pełnienia nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową,
- sporządzenia dodatkowych lub zamiennych opracowań projektowych wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji, opinii i uzgodnień, eliminacji błędów w dokumentacji projektowej autorstwa Schuessler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Dusseldorfie, uzgodnienia i wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz uzupełnienia stwierdzonych braków w dokumentacji projektowej powoduje, że nielogiczne, niecelowe, niegospodarne i nierzetelne byłoby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na krótki okres tj. na czas wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Podkreślenia wymaga, że w krótkim okresie np. dwóch-trzech miesięcy Zamawiającemu (gdzie z góry można założyć wycenę usługi przekraczającą znacząco ceny rynkowe), przy uwzględnieniu złożoności usunięcia skutków błędów projektowych popełnionych przez Wnioskodawcę mogłyby nie zostać zaoferowane żadne działania w zakresie: sporządzenia dodatkowych lub zamiennych opracowań projektowych wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji, opinii i uzgodnień, eliminacji błędów w dokumentacji projektowej autorstwa Schuessler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Dusseldorfie, uzgodnienia i wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz uzupełnienia stwierdzonych braków w dokumentacji projektowej. Ryzyko braku wyłonienia nowego wykonawcy, przedłużająca się procedura w związku z wniesieniem odwołania i skargi do sądu, tylko i wyłącznie celem przedłużania takiej procedury jak również fakt, że nowy wykonawca musiałby otrzymać odpowiedni czas na szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją projektową prowadziłby do patowej sytuacji, w której tymczasowy wykonawca wyłoniony w drodze postępowania z wolnej ręki nie podejmowałby ważnych i kluczowych dla inwestycji decyzji mając świadomość, że będzie świadczył usługi w krótkim okresie.

Ponadto, mając na względzie bieżące wykonywanie nadzorów autorskich, poprawienie błędów popełnionych przez Wnioskodawcę, czy też sporządzanie zamiennych dokumentacji projektowej przez „wykonawcę tymczasowego” Zamawiający, ze względu na dynamikę stanu realizacji umowy zawartej na czas wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym, nie miałby możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z treścią art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powstaje pytanie jak Wnioskodawca wyobraża sobie określenie jednoznacznego i wyczerpującego OPZ w sytuacji gdy w trakcie postępowania zmniejsza bądź zwiększa się liczba błędów projektowych do poprawienia popełnionych przez Wnioskodawcę, czy też w sytuacji kiedy „tymczasowy wykonawca” nie ukończył rozpoczętego opracowania projektowego.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku udzielenia nowego zamówienia Wnioskodawcy na skutek przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym doszłoby do sytuacji kuriozalnej, gdzie Zamawiający płaciłby wynagrodzenie za poprawianie błędów projektowych podmiotowi, które te błędy popełnił, a w konsekwencji Zamawiający zwolniłby z jakiegokolwiek odpowiedzialności Wnioskodawcę pomimo nienależytego wykonania przez Wnioskodawcę Umowy, naruszając tym samym dyscyplinę finansów publicznych określonych nie w jednym, a w kilku przepisach ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wykonawca trwających robót budowlanych (Warbud S.A.) wskazał też na jeszcze jeden bardzo ważny i kosztotwórczy czynnik tj. podpisane umowy z podwykonawcami. Warbud z uwagi na zaawansowany proces inwestycyjny jest związany zarówno terminowo jak i finansowo z podwykonawcami i dostawcami. Z uwagi na związany z brakiem nadzoru autorskiego przestój i jego nieokreśloną długość te umowy mogą zostać zerwane, co narażałoby na poniesienie kosztów z tytułu kar umownych (którymi obciążony zostałby Zamawiający) jak i trudność pozyskania oraz podwyższenie cen w ofertach przyszłych podwykonawców działających po wznowieniu prac (na dowód wiadomość email z dnia 19.01.2024 r. od przedstawiciela wykonawcy robót budowlanych (...)).

Zamawiający, z uwagi na konieczność pilnego udzielenia zamówienia czego zasadność została wykazana w niniejszym piśmie, bez zbędnej zwłoki udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki w możliwie najkrótszym terminie.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2024 r. wskazał, że firma Bico Group Sp. z o.o. będąca liderem konsorcjum utworzonego wraz z TNM Limited, na podstawie umowy nr ZRM/UM/35/ZPU/2023 zawartej w dniu 26.05.2023 r., pełni funkcję Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi wynikającymi z decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę ekranów akustycznych w ciągu al. Stanów Zjednoczonych na odc. od ul. Bajońskiej do ul. Międzynarodowej wraz z wymianą nawierzchni jezdni oraz rozbiórką i odbudową wiaduktu zlokalizowanego nad ul. Paryską w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie”.

W odpowiedzi na pytanie Urzędu z dnia 24 września 2024 r.: czy w okresie od dnia 30 listopada 2023 r., tj. od dnia złożenia przez projektanta - Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorfie, dalej: „Projektant”, oświadczenia o odstąpieniu od Umowy (umowa z dnia 18 sierpnia 2017 r., nr ZP/5/PN/5/17) w zakresie pełnienia czynności nadzoru autorskiego nad realizacją projektu, do dnia 19 lutego 2024 r. był sprawowany nadzór autorski nad realizacją projektu, Zamawiający wskazał, że ww. okresie nadzór autorski nad realizacją projektu nie był sprawowany. Ponadto Zamawiający wskazał, że brak nadzoru autorskiego skutkowało brakiem odpowiedzi na zapytania Wykonawcy do dokumentacji projektowej oraz brakiem rozwiązań szeregu niejasności i rozbieżności pomiędzy różnymi dokumentami projektowymi, co utrudniało lub uniemożliwiało prawidłową realizację procesu inwestycyjnego. W wyniku błędów w dokumentacji projektowej, których naprawa powinna zostać zrealizowana w ramach nadzoru autorskiego, a pełnienia którego Projektant odmówił, Zamawiający ponosi dodatkowe koszty w wysokości 635.171,90 zł brutto (nadzór autorski realizowany przez odrębny podmiot), 9.261.540,37 zł brutto (roboty zamienne wynikające z błędów projektowych) oraz koszty przedłużenia czasu na ukończenie, które według Wykonawcy robót budowlanych szacowane są na około 10 mln zł.

W odpowiedzi na pytanie Urzędu z dnia 24 września 2024 r.: o wskazanie daty, od której Projektant nie wykonuje czynności nadzoru autorskiego nad projektem, Zamawiający wskazał, że Projektant pismem z dnia: - 15.09.2023 r. (znak WA/23/A/1084/USA) poinformował o możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku odmowy przez Zamawiającego akceptacji żądanej przez Projektanta w pełnym wymiarze liczby

jednostek nakładu pracy, - 11.10.2023 r. pismo WA/23/A/1160/USA, - uzależnił rozpoczęcie prac stanowiących nadzór autorski od wcześniejszej akceptacji przez Zamawiającego ilości jednostek nakładu pracy za niepodjęte jeszcze czynności, które wg Projektanta będą niezbędne do wykonania nadzoru autorskiego.

W odpowiedzi na pytanie Urzędu z dnia 4 października 2024 r., o wskazanie daty, od której Projektant faktycznie nie wykonuje czynności nadzoru autorskiego nad projektem, Zamawiający w dniu 9 października 2024 r. wyjaśnił, iż Projektant zaprzestał wykonywania wszelkich czynności nadzoru autorskiego od dnia 30.11.2003 r. tj. od dnia złożenia pisma zatytułowanego: „Wypowiedzenie Umowy”. Ponadto wskazujemy, iż od dnia 11.10.2023 r. (data złożenia pisma nr WA/23/A/1160/USA), Projektant odmówił prowadzenia prac stanowiących nadzór autorski uzależniając ich podjęcie od wcześniejszej akceptacji przez Zamawiającego ilości jednostek nakładu pracy za niepodjęte jeszcze czynności, które wg. Projektanta były niezbędne do wykonania nadzoru autorskiego. Zamawiający zaznacza, że Projektant już wcześniej uchylał się od prowadzenia czynności nadzoru autorskiego w pełnym zakresie, o czym świadczą pozostawione bez odpowiedzi pytania w sprawach projektowych zadane przez Wykonawcę robót budowlanych (zgodnie z załączonym wykazem pytań pozostawionych bez odpowiedzi).

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Ad 1

Zgodnie z treścią art. 305 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

W wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. Zamawiający wskazał, że zastosował przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp - tj. przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

W myśl art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Należy wskazać, iż orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dalej: „ETS”, (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), oraz Krajowej Izby Odwoławczej, dalej: „KIO”, dotyczące interpretacji przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki: przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dokonane na gruncie wcześniej obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostaje aktualne w obecnym stanie prawnym - art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest uwarunkowane szczególnym charakterem danego zamówienia, istnieniem jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli istnienie faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robót budowlanych¹, pod

¹ tak orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl. Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249.

warunkiem że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej² wyraźnie określa konieczność udowodnienia prawidłowości zastosowania ww. przesłanki wskazując, że instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych. Zamawiający musi zatem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie określić zamówienie wykonać. Z tego względu niezbędne jest obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do określonego zamówienia istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Zakres terytorialny poszukiwań potencjalnego wykonawcy, jak wynika z motywu 50 preambuły do dyrektywy klasycznej, nie powinien być z góry zawężany terytorialnie, natomiast powinien wynikać z poszukiwań rozsądnych rozwiązań alternatywnych. Pojęcie rozsądnych rozwiązań alternatywnych skonkretyzować się może jedynie w odniesieniu do konkretnego zamówienia oraz bieżącej sytuacji rynkowej³.

KIO w uchwale z dnia 11 maja 2018 r. wskazała, że *przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani to czy dany Wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny*⁴.

Z kolei Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 21 lipca 2016 r., stwierdziła, że *do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU nie jest wystarczająca również okoliczność, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej „efektywnego” wykonania określonego zadania. Zamawiający jest bowiem zobligowany do wykazania, iż tylko ten właśnie wykonawca ma możliwość wykonania określonego zamówienia. Okolicznością wyłączającą możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki jest ustalenie, iż obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować*⁵.

*Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być interpretowane ściśle dlatego też Zamawiający powinien wskazać przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, które muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny*⁶, a istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

³ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 659.

⁴ uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18.

⁵ orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 21 lipca 2016 r., BDF1.4800.30.2016.

⁶ uchwała KIO z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 79/16.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż zamawiający niesłusznie uznał, iż w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania i wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców świadczących przedmiotowe usługi. Należy podkreślić, że rynek usług projektowych i związana z nim usługa pełnienia nadzoru autorskiego nad projektem jest rynkiem konkurencyjnym, bowiem na rynku istnieje wielu wykonawców potencjalnie zdolnych zrealizować przedmiotowe zamówienie. Konkurencja w tej branży wyklucza możliwość udzielenia niniejszego zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki na podstawie omawianej przesłanki nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie własnym subiektywnym przekonaniem, że wykonawca - Bico Group sp. z o.o. jest jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Jak wskazał bowiem Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. *spółka Bico Group Sp. z o.o. pełni dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego funkcję Inżyniera Kontraktu, a więc posiada całość dokumentacji projektowej oraz dokładną wiedzę na temat etapu realizacji inwestycji i jej bieżących problemów, co umożliwia natychmiastowe pełnienie usługi. Co więcej przez okres ponad 7 miesięcy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w/w spółka zapoznała się na wysokim poziomie szczegółowości z całością dokumentacji projektowej przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Zatem w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale z subiektywnym przekonaniem Zamawiającego, że z uwagi na przyczyny organizacyjne Bico Group sp. z o.o. będzie w stanie najszybciej przystąpić do wykonania przedmiotowego zamówienia i najefektywniej je wykonać. Taka ocena zdarzeń nie upoważnia jednak do przyjęcia, że zamówienie może być udzielone na podstawie omawianej przesłanki w trybie z wolnej ręki.*

Zatem, należy uznać, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo niedopuszczalności zastosowania tego trybu.

Ad 2

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, *zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.*

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

Należy podkreślić, iż orzecznictwo sądów krajowych oraz KIO, dotyczące interpretacji omawianej przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki dokonane na gruncie wcześniej obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostaje aktualne w obecnym stanie prawnym.

Zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp, gdy łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: 1) wyjątkowość sytuacji, 2) sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, 5) brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Co istotne, pomiędzy powyższymi przesłankami musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy⁷.

Zasadniczo sytuacjami wyjątkowymi, których nie można było wcześniej obiektywnie przewidzieć są przede wszystkim zdarzenia losowe o charakterze przyszłym i nieprzewidzianym, jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego⁸.

Natomiast odstąpienie od umowy w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie stanowiło wyjątkowej sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć.

W wyroku z dnia 18 marca 2019 r. KIO stwierdziła, że *sytuacja, na którą powołał się Zamawiający jako podstawę faktyczną do udzielania zamówienia z wolnej ręki w żadnym wypadku nie miała takiego charakteru, było nią bowiem odstąpienie od umowy z Odwołującym - co więcej, w okolicznościach, które nie miały przymiotu ani nagłości, ani nieprzewidywalności, ani wyjątkowości*⁹.

Z kolei w wyroku z dnia 24 marca 2022 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy stwierdził, iż *generalnie rozwiązywanie umów przez strony nie jest czymś nadzwyczajnym. Nie jest to z całą pewnością zdarzenie wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego. Przede wszystkim jednak okoliczności, w jakich uczestnicy zakończyli współpracę w niniejszej sprawie (zatem długotrwałe rozmowy, konflikt, uprzednie rozwiązanie części umów przez zamawiającego) powodują, iż z całą pewnością rozwiązania umowy nie można uznać za sytuację nadzwyczajną. W szczególności bowiem, gdy istnieje spór pomiędzy stronami umowy sytuacja, w której dochodzi ostatecznie do rozwiązania umowy, jest jak najbardziej przewidywalna, a na pewno nie powinna być zaskoczeniem*¹⁰.

W stanie faktycznym sprawy między Stronami (tj. Zamawiającym a wykonawcą - Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorfie) zawartej w dniu 18 sierpnia 2017 r. umowy nr ZP/5/PN/5/17, na *opracowanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego pn. Budowa ekranów akustycznych w ciągu al. Stanów Zjednoczonych na odc. od ul. Bajońskiej do ul. Międzynarodowej wraz z wymianą nawierzchni jezdni i modernizacją wiaduktu zlokalizowanego nad ul. Paryską* (dalej: „Umowa nr ZP/5/PN/5/17”), istniał spór jeszcze przed złożeniem Projektantowi przez Zamawiającego oświadczenia z dnia 28 grudnia 2023 r. o odstąpieniu od Umowy nr ZP/5/PN/5/17 w części niewykonanej (oświadczenie doręczone Wykonawcy w dniu 8 stycznia 2024 r.). Jak bowiem wskazał Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2024 r. *Projektant już wcześniej uchylał się od prowadzenia czynności nadzoru autorskiego w pełnym zakresie, o czym świadczą pozostawione bez odpowiedzi pytania w sprawach projektowych zadane przez Wykonawcę robót budowlanych (zgodnie*

⁷ tak KIO w wyroku z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 397/19

⁸ uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 2/15.

⁹ wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 397/19.

¹⁰ wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 130/21.

z załączonym wykazem pytań pozostawionych bez odpowiedzi) - pytania obejmujące okres od dnia 7 marca 2023 r. do dnia 23 stycznia 2024 r.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2024 r. wskazał, że Projektant zaprzestał wykonywania wszelkich czynności nadzoru autorskiego od dnia 30.11.2003 r. tj. od dnia złożenia pisma zatytułowanego: „Wypowiedzenie Umowy” [dnia 30.11.2023 r. zgodnie z treścią pisma Projektanta pn. Wypowiedzenie Umowy]. Ponadto wskazujemy, iż od dnia 11.10.2023 r. (data złożenia pisma nr WA/23/A/1160/USA), Projektant odmówił prowadzenia prac stanowiących nadzór autorski uzależniając ich podjęcie od wcześniejszej akceptacji przez Zamawiającego ilości jednostek nakładu pracy za niepodjęte jeszcze czynności, które wg. Projektanta były niezbędne do wykonania nadzoru autorskiego. Projektant pismem z dnia: 15.09.2023 r. (znak WA/23/A/1084//USA) poinformował o możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku odmowy przez Zamawiającego akceptacji żądanej przez Projektanta w pełnym wymiarze liczby jednostek nakładu pracy (wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 30 września 2024 r.).

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. Zamawiający wskazał, że po rozpoczęciu robót budowlanych Zamawiający stwierdził liczne przypadki niewykonania zobowiązań umownych przez Wnioskodawcę, nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez Wnioskodawcę, czy też błędów projektowych. Powyższe zostało zobrazowane przez Zamawiającego w załączonej do wyjaśnień tabeli błędów projektowych wg stanu na dzień 09.05.2024 r. (pytania 1-62 przekazane do Projektanta w okresie od 25 stycznia 2023 r. do 4 grudnia 2023 r. oraz pytania 63-98 nieprzekazane do Projektanta w okresie od 4 grudnia 2023 r. do 22 kwietnia 2024 r.).

Należy stwierdzić, że odstąpienie w dniu 28 grudnia 2023 r. przez Zamawiającego od Umowy nr ZP/5/PN/5/17 w części niewykonanej, wobec wcześniejszego odstąpienia od tej Umowy (pismo zatytułowane: „Wypowiedzenie Umowy”) przez Projektanta w dniu 30 listopada 2024 r. w zakresie pełnienia czynności nadzoru autorskiego nad projektem i pozostawiania stron w stanie długotrwałego sporu, nie można uznać za sytuację wyjątkową, której obiektywnie nie można było przewidzieć.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający mógł i powinien przewidywać konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia przez innego wykonawcę. Problemy z realizacją Umowy nr ZP/5/PN/5/17 były znane Zamawiającemu przed odstąpieniem Zamawiającego od Umowy nr ZP/5/PN/5/17, bowiem już po rozpoczęciu robót budowlanych Zamawiający stwierdził liczne przypadki niewykonania zobowiązań umownych przez Wnioskodawcę, nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez Wnioskodawcę, czy też błędów projektowych. Natomiast problemy w zakresie rozliczenia nadzoru autorskiego były znane Zamawiającemu co najmniej od lipca 2023 r. (co wynika w szczególności z pism Projektanta: z dnia 28 lipca 2023 r. (znak: WA/23/A/0901/USA), z dnia 18.08.2023 r. (znak: WA/23/A/0964/USA), z dnia 15 września 2023 r. (znak: WA/23/A/1084/USA), z dnia 11 października 2023 r. (znak: WA/23/A/1160/USA), z dnia 24 października 2023 r. (znak: WA/23/A/1205/USA) pn. Ostateczne wezwanie Zamawiającego do podjęcia współdziałania z Wykonawcą – w zakresie akceptacji kart nadzoru autorskiego wskazanych ww. pismem, oraz z dnia 30 listopada 2024 r. (znak: WA/23/A/1312/USA), a więc na co najmniej 4 miesiące przed odstąpieniem przez Zamawiającego od Umowy nr ZP/5/PN/5/17. Nie można zatem uznać, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację.

Oczywiście sytuacja odstąpienia od umowy jest wysoce niepożądana, jednakże nie sposób potraktować jej jako zjawiska wyjątkowego w obrocie gospodarczym. Przeciwnie – ryzyko związane z prawidłowym wykonaniem zobowiązań umownych jest elementem wpisanym w działalność podmiotów

gospodarczych. Jeśli – jak w badanym stanie faktycznym – do takiego zdarzenia dojdzie, nie sposób potraktować takiej sytuacji jako obiektywnie nadzwyczajnej.

Należy wskazać, że wystąpienie sytuacji wyjątkowej, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Przez pojęcie *konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia* należy rozumieć sytuacje, które wymagają szczególnie szybkiej reakcji w celu ochrony jakiegoś interesu (ochrony życia, zdrowia, mienia, a także zapobieganie wystąpieniu straty w majątku), który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego¹¹. Spełnienie ww. przesłanki wymaga konieczności realizacji zamówienia „szybciej niż pilnie”, czyli „z dnia na dzień”. Jest to zatem przesłanka, która zostaje spełniona w sytuacjach wyjątkowych wymagających od Zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W niniejszej sprawie nie można uznać, że mieliśmy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Powyższy fakt potwierdzają długie okresy pomiędzy poszczególnymi działaniami Zamawiającego (od momentu przekazania oświadczenia o odstąpieniu od Umowy nr ZP/5/PN/5/17 przez Projektanta tj. dnia 30 listopada 2023 r.: przekazanie przez Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2023 r. oświadczenia o odstąpieniu od Umowy nr ZP/5/PN/5/17 (wpływ pisma do Projektanta w dniu 8 stycznia 2024 r.), zaproszenie innego projektanta do negocjacji z wolnej ręki w dniu 29 stycznia 2024 r., udzielenie zamówienia innemu projektantowi: w dniu 20 lutego 2024 r.).

Jak sam Zamawiający podał w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r., *z uwagi na konieczność pilnego udzielenia zamówienia, czego zasadność została wykazana w niniejszym piśmie, bez zbędnej zwłoki udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki w możliwie najkrótszym terminie*. Tymczasem wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Określenie *natychmiast* wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą, niż w trybie pilnym. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie negocjacje bez ogłoszenia (zob. art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne)¹².

Ponadto cechą charakteryzującą zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest *krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia*¹³. Dlatego też udzielenie zamówienia na podstawie omawianej przesłanki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji (p. wyrok ETS z 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECR 1993, s. I-4655, oraz z 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, ECR 2005, s. I-4713; zob. także uchwała KIO z 15 marca 2012 r., KIO/KD 28/12, www.uzp.gov.pl; p. Józef E. Nowicki, Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, pub. Lex).¹⁴

Z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia immanentnie związana jest kwestia jego niezbędnego zakresu, ponieważ nie jest tak, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielanego w oparciu

¹¹ uchwała KIO z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 29/17.

¹² opinia UZP pn. Dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ochrony zdrowia i życia ludzkiego, w szczególności zakupu leków.

¹³ uchwała KIO z 6 stycznia 2015 r., KIO/KD 115/14, uchwała KIO z 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/KD 21/09.

¹⁴ wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt: V SA/Wa 2391/15.

o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ZamPublU, możliwa jest realizacja wszystkich zamierzeń inwestycyjnych. (...) szczególne okoliczności wywołujące potrzebę natychmiastowego działania zmierzającego do zapobieżenia ich negatywnym następstwom powodują, że zamówienie publiczne realizowane na podstawie ww. przepisu ZamPublU obejmować powinno tylko niezbędny (konieczny) zakres umożliwiający osiągnięcie tak rozumianego celu jego udzielenia. Prezes UZP zasadnie powołał się w tym zakresie na przepis art. 31 pkt 1 lit. c Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest uzasadnione wyłącznie w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania stwarzałoby możliwość realizacji potrzeb zamawiających (np. kontynuowania rozpoczętych inwestycji) i zarazem wydatkowania środków publicznych z pominięciem rygorów właściwych chociażby podstawowym trybom udzielania zamówień publicznych, które to obostrzenia mają zapewniać konkurencyjność na rynku zamówień publicznych¹⁵.

Przedmiotowe zamówienie nie charakteryzuje się krótkim okresem trwania, mającym na celu usunięcie jedynie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. Umowę nr ZRM/UM/17/EFPS/2024 zawarto na okres około 14 miesięcy (przedmiotowego zamówienia udzielono w dniu 20 lutego 2024 r., a zgodnie z § 2 Umowy jako termin jej zakończenia wskazano dzień 13 kwietnia 2025 r.). Umowa nr ZRM/UM/17/EFPS/2024 obejmuje swoim zakresem pozostałą do wykonania część Umowy ZP/5/PN/5/17 (część niewykonaną przez Projektanta, tj. sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. *Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie* oraz sporządzenie dodatkowych lub zamiennych opracowań projektowych wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji, opinii i uzgodnień, eliminacji błędów w dokumentacji projektowej autorstwa Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorfie, uzgodnienia i wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz uzupełnienia stwierdzonych braków w dokumentacji projektowej (§ 1 i § 3 ust. 2 i 3 Umowy nr ZRM/UM/17/EFPS/2024).

Zatem w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo niedopuszczalności zastosowania tego trybu, Zamawiający naruszył art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo niedopuszczalności zastosowania tego trybu.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

¹⁵ uchwała KIO z dnia 29 września 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 81/14.