

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 16 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Rakowska
 Robert Skrzyszewski

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 kwietnia 2025 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie od wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 kwietnia 2025 r., (znak: KND56/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie oraz sporządzanie dodatkowych i/lub zamiennych opracowań projektowych

wyraża opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP”) kontrolą doraźną w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja wiaduktów drogowych nad ul. Paryską w Warszawie oraz sporządzanie dodatkowych i/lub zamiennych opracowań projektowych.

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 w informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdził 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.

W uzasadnieniu Prezes UZP stwierdził, że 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 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. Bajońskiej 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 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 K.c. odstępuje od umowy nr ZP/5/PN/5/17 z dnia 18.08.2017 r. w części niewykonanej z przyczyn zawinionych 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: BicoGroup 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 BicoGroup 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 BicoGroup 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 (SI 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft zgłoszonych Zamawiającemu do 25.01.2024. Wykaz tych zgłoszeń (ZDP) stanowi Załącznik nr 1 do Umowy (53 ust. 3 Umowy nr ZRM/UM/17/EFPS/2024).

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).

BicoGroup 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. BicoGroup 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. 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 był 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 (choć Zamawiający nie zatwierdził wskazanych przez Projektanta ilości pobyków) 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 BicoGroup 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 podjętą przez samych zamawiających i przewidzianą 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 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 osobliwością. 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 z 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 nieprzewidzianych 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 nieprzewidzianym, 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 działał 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 udzielenie 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 BicoGroup 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 BicoGroup 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 budową 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 trybie 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 zamiennej 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 BicoGroup 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 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.

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 budowlanych, pod 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 klasycznej 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 określone 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 rynkowej. 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. 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 wykluczającą możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki jest ustalenie, iż obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować. 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, a istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego.

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 BicoGroup 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 BicoGroup 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 BicoGroup 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.

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 czasowy.

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

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.

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.

W stanie faktycznym sprawy między Stronami (tj. Zamawiającym a wykonawcą - Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 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 30.11.2023 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 publicznego. 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)

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. 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. 1-4655, oraz z 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, ECR 2005, s. 1-4713; 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).

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 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 publicznych.

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 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.

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 22 kwietnia 2025 roku zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 kwietnia 2025 r., doręczonego zamawiającemu 14 kwietnia 2025 r.

Zamawiający stwierdził, że w zakresie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. 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. Przy czym w przedmiotowym przypadku z wyjątkową sytuacją należy również utożsamiać fakt nieznajdującego oparcia w przepisach, ani umowie wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w wyniku elementarnego niezrozumienia treści łączącej strony umowy w zakresie wynagrodzenia za nadzory autorskie oraz zakresu obowiązków projektanta na gruncie przepisów Prawa budowlanego. Biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca jest profesjonalistą, sytuacja ta ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający nie mógł się spodziewać w świetle treści umowy i przepisów, że Wykonawca będzie je interpretował w sposób całkowicie bezpodstawny i składał oświadczenie o wypowiedzeniu całkowicie pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej, w tym: uchwałę KIO/KD 58/10 uchwałe z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14, uchwałę z dnia 31 lipca 2013 r., uchwałę KIO/KD 64/13 i in.

- Przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego:

Zamawiający wielokrotnie wskazywał Spółce Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft na liczne błędy wykonanej dokumentacji projektowej, które uniemożliwiały prawidłową i terminową realizację robót budowlanych. Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych do zmiany sposobu naliczania wynagrodzenia Wykonawcy za nadzory niepowiązane z pobytami projektanta, jak też podniesienia wynagrodzenia Wykonawcy w stopniu żądanym przez Wykonawcę, przekraczającym wartość 50% wynagrodzenia umownego.

W związku z brakiem reakcji Wnioskodawcy zarówno na zgłaszane wady projektu, jak również na wezwania Wnioskodawcy do wykonywania zobowiązań umownych i nieprzejednaną 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 działał 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.

Nawet jeśli by przyjąć perspektywę Prezesa UZP i niektórych, odosobnionych orzeczeń, że rozwiązanie umowy jest czymś przewidywalnym, Zamawiający na pewno nie mógł przewidzieć, że Wykonawca jako profesjonalista będzie interpretował zapisy Umowy całkowicie niezgodnie z jej treścią, a jako projektant nie będzie znał zakresu swoich obowiązków jako projektanta na gruncie Prawa budowlanego. Następnie Zamawiający nie spodziewał się, że Wykonawca za nadzór autorski zażąda drugie tyle, co wynosiło wynagrodzenie za projektowanie i nadzór autorski razem wzięte, co oczywiście narusza art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP. Na koniec wreszcie, Zamawiający nie mógł się spodziewać, pomimo iż Wykonawca zdawał się w pismach rozumieć, że dodatkowe wynagrodzenie mu nie przysługuje, że jednak zdecyduje wypowiedzieć umowę o dzieło bez podstawy prawnej z ważnych powodów, jakoby była ona umową zleceniem. Do tego, jako ważny powód Wykonawca wskaże brak współdziałania Zamawiającego w realizacji świadczenia, rozumiany jako brak woli przyznania nienależnego prawnie wynagrodzenia.

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 ponadto 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.

Powyższe dowodzi, że Prezes UZP dokonał analizy przedmiotowej sprawy w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od jej konkretnych, szczególnych okoliczności, wbrew wymogom orzecznictwa Izby. Przedmiotowy przypadek nie był zwykłym przypadkiem niewykonania czy nienależytego wykonania umowy skutkującym odstąpieniem. Okoliczności tego odstąpienia były niewątpliwie całkowicie wyjątkowe i nieprzewidywalne, a zachowanie Wykonawcy zdumiewające i kompletnie nieznajdujące oparcia ani w umowie ani w przepisach.

Co istotne, do samego wypowiedzenia, a nawet po jego dokonaniu, Zamawiający miał jeszcze nadzieję na wyjaśnienie przedmiotowych, oczywistych okoliczności wadliwego rozumienia Umowy przez Wykonawcę, jednakże ostatecznie okazało się, że Wykonawca nie przystąpi już do dalszej realizacji Umowy.

- 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 Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft 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.

Co istotne, nadzór autorski winien być realizowany w sposób ciągły w toku realizowanych robót budowlanych. Należy przy tym odróżnić natychmiastową konieczność wykonania zamówienia (która ewidentnie zaistniała z chwilą wypowiedzenia Umowy przez wykonawcę) od tego, kiedy realnie Zamawiający był w stanie zlecić zamówienie z wolnej ręki.

Uwzględniając fakt, że pozostawał w nadziei, że z uwagi na nieskuteczność wypowiedzenia, nieporozumienie co do treści Umowy uda się wyjaśnić, a Wykonawca przystąpi jeszcze do wykonywania Umowy, Prezes UZP w wynikach kontroli ewidentnie myli te dwie kwestie, uznając, że skoro Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki po określonym czasie od wypowiedzenia czy też odstąpienia, to znaczy, że nie było potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia, a jedynie potrzeba pilnej jego realizacji. Nie jest to prawda, jest to błąd rozumowania, który zadecydował o wynikach kontroli.

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 (i będzie je miał, gdy złoży ostateczne roszczenia terminowe wynikające z opóźnień w toku robót budowlanych z przyczyn niezależnych od wykonawcy robót). 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 BicoGroup 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 obejmującej : Projekt Budowlany — (projekt zagospodarowania terenu, przebudowa drogi powiatowej al. Stanów Zjednoczonych, rozbiórka wiaduktu nad ul. Paryską, budowa wiaduktu nad ul. Paryską, przebudowa sieci gazowej, przebudowa kanalizacji deszczowej i odwodnienie ulicy, przebudowa sieci wodociągowej, przebudowa sieci elektroenergetycznej, przebudowa oświetlenia ulicznego, dokumentacja geologiczno — inżynierska, projekt robót geologicznych, dokumentacja badań podłoża gruntowego — opinia geotechniczna, zielen, informacja BIOZ. projekt konstrukcji ekranów akustycznych, przebudowa sieci telekomunikacyjnej); Projekt Wykonawczy — (plan zbiorczy kolizji, przebudowa drogi powiatowej al. Stanów Zjednoczonych, rozbiórka wiaduktu nad ul. Paryską, budowa wiaduktu nad ul. Paryską —

część I, 2, 3 i 4, przebudowa sieci gazowej, przebudowa kanalizacji deszczowej i odwodnienie ulicy, przebudowa sieci wodociągowej — wodociąg, przebudowa sieci wodociągowej przyłączy wody do budynku 20A, przebudowa sieci elektroenergetycznej nN 0,4 kV i SN 15 kV, przebudowa oświetlenia ulicznego, zieleń, projekt konstrukcji ekranów akustycznych części 1, 2 i 3, przebudowa infrastruktury telekomunikacyjnej); Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych przebudowa drogi powiatowej al. Stanów Zjednoczonych, rozbiórka i budowa wiaduktu nad ul. Paryską, przebudowa sieci gazowej, przebudowa kanalizacji deszczowej i odwodnienia ulicy, przebudowa sieci wodociągowej, przebudowa sieci elektroenergetycznej, przebudowa oświetlenia drogowego, zieleń, projekt konstrukcji ekranów akustycznych, przebudowa infrastruktury telekomunikacyjnej, 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.

Zamawiający udzielając zamówienia z wolnej ręki zapobiegł negatywnym skutkom dla interesu publicznego, a co najmniej takie negatywne skutki zostały ograniczone.

Ponadto nieprawidłowe są ustalenia poczynione w informacji o wyniku kontroli (str. 19)

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

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 10.05.2024 r. część pisma zatytułował: III. Uzasadnienie trybu udzielenia zamówienia, gdzie omówił każdą z przesłanek wskazanych w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Na stronie 8 w/w pisma przed uzasadnieniem zaktualizowania jeden z przesłanek wyboldowano - Wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zatem powoływanie się na użyte sformułowanie „pilnego” (które może stanowić synonim natychmiastowego) w jednym zdaniu 14 stronicowego pisma jest nadużyciem interpretacyjnym co do intencji Zamawiającego w zakresie przedstawionego stanowiska i z całą pewnością nie może stanowić argumentacji do uznania, że zostało udzielone zamówienie z wolnej ręki pomimo braku wystąpienia przesłanek do zastosowania tego trybu.

- 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 BicoGroup 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft 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 Grodzkie na odc. ul. Zdziarska — ul. Berensona w Warszawie (budowa SZRM) oraz budową kanalizacji ściekowej z uwzględnieniem nowego układu drogowego w ulicy Kąty Grodzkie 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 postępowań o mniejszym zakresie i wartości 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 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).

Zamawiający w treści zastrzeżeń podniósł dodatkowe okoliczności wykazujące przesłankę natychmiastowości »konania zamówienia oraz na prawidłowość przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

1. 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft z siedzibą w Düsseldorfie, uzgodnienia i wprowadzenia zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz uzupełnienia stwierdzonych braków w dokumentacji projektowej powoduje, że wbrew twierdzeniu Prezesa UZP, 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 Schüssler-Plan Ingenieurgesellschaft z siedzibą w Düsseldorfie, 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, jak już to zostało wskazywane pełnienie nadzoru autorskiego przez podmiot, który dla w/w zadania inwestycyjnego funkcję Inżyniera Kontraktu, a więc posiada całość dokumentacji projektowej. Co więcej przez okres ponad 7 miesięcy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w/w spółka zapoznała się z całością dokumentacji projektowej, zatem przy wyborze w/w wykonawcy nie było konieczne wielotygodniowe oczekiwanie na zapoznanie się z dokumentacją projektową w stopniu umożliwiającym pełnienie nadzoru autorskiego.

Ponadto, mając na względzie bieżące wykonywanie nadzorów autorskich, poprawienie błędów popełnionych przez Wnioskodawcę, czy też sporządzanie zamiennej 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 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 jakiejkolwiek 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.

2. Zamawiający po wszczęciu postępowania zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (2024/BZP 00079294) oraz w dniu 23.02.2024 r. ogłoszenie o wyniku postępowania (2024/BZP 00215894). W toku prowadzonego postępowania nie wpłynęło odwołanie na czynność Zamawiającego.

3. 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.

4. Ochrona środowiska:

Należy zauważyć, że realizacja robót przebiega bezpośrednio z sąsiadującym terenem objętym obszarem natura 2000. Natura 2000 jest najmłodszą z form ochrony przyrody, wprowadzoną w 2004 r. w Polsce jako jeden z obowiązków związanych z przystąpieniem naszego kraju do Unii Europejskiej. Obszary Natura 2000 powstają we wszystkich państwach członkowskich tworząc Europejską Sieć Ekologiczną Natura 2000. Głównym celem funkcjonowania Europejskiej Sieci Ekologicznej Natura 2000 jest zachowanie określonych typów siedlisk przyrodniczych oraz gatunków i ich siedlisk, które uważa się za cenne i zagrożone w skali całej Europy, a także ochrona różnorodności biologicznej. Obszar Natura 2000 może obejmować część lub całość obszarów i obiektów objętych innymi formami ochrony przyrody. Nie sposób się nie zgodzić z faktem, iż sprawne oraz terminowe przeprowadzenie robót w tak strategicznym miejscu oraz natychmiastowe przeciwdziałanie wszelkim sytuacjom, których Zamawiający nie był w stanie przewidzieć w tym m.in. odstąpienie od umowy ma niezwykle istotny wpływ nie tylko na koszty społeczne ale również aspekty środowiskowe.

5. Koszty społeczne:

Do kosztów społecznych przedłużającej się realizacji inwestycji drogowych można zaliczyć:

- czasu podróży użytkowników drogi,
- koszty eksploatacji pojazdów,
- koszty wypadków drogowych,

- koszty związane z emisją zanieczyszczeń, - koszty związane ze zmianami klimatycznymi, - koszty związane z hałasem.

Celem zobrazowania wysokości kosztów społecznych przy przedłużających się robotach budowlanych związanych z realizacją inwestycji w zakresie drogi publicznej Zamawiający w załączeniu przekazuje ekspertyzę techniczną dot. określenia kosztów społecznych spowodowanych przedłużonym czasem realizacji inwestycji pn.: „Przebudowa ul. Marynarskiej na odcinku ul. Taśmowa — ul. Rzymowskiego”.

Biorąc pod uwagę wyniki przeprowadzonej ekspertyzy na inwestycji porównywalnej z inwestycją kontrolowaną możemy wywnioskować jak duże koszty społeczno — gospodarcze ponosi społeczeństwo oraz przedsiębiorcy w związku z przedłużającą się inwestycją w zakresie budowy drogi. Ekspertyza nie pozostawia złudzeń jak duża jest to skala:

„Na podstawie przeprowadzonych analiz stwierdzono, że przedłużająca się przebudowa ul. Marynarskiej wiąże się z ponoszeniem kosztów społecznych. Przy założeniu, że koszty społeczne powstają jedynie w dniu powszednim w ciągu trzech godzin szczytu porannego i czterech godzin szczytu popołudniowego, ich wysokość obliczono na 127,4 tys. zł dziennie. W ujęciu rocznym zgodnie z Załącznikiem B: Prognozy Ruchu, Niebieska Księga, Infrastruktura Drogowa, lipiec 2015, jeżeli podstawą kosztów lub korzyści jest średni dzień roboczy, przy przeliczeniu na rok należy przyjąć mnożnik w wysokości 300. Tym samym roczne koszty społeczne wynoszą 38 mln 229 tys. zł. Zgodnie z tą metodyką przyjmując, że każdy miesiąc w roku odpowiada za 1/12 z mnożnika 300, koszty roczne przeliczone za okres styczeń wrzesień stanowiąc będą 9/12 mnożnika. Tym samym koszty społeczne w okresie styczeń — wrzesień wynoszą 28 mln 671 tys. zł. Należy zaznaczyć, że obliczoną wartość kosztów społecznych przedłużającej się przebudowy ul. Marynarskiej należy traktować jako minimalną. W przeprowadzonym rachunku nie ujęto bowiem pozostałych, trudno policzalnych kosztów związanych z niepotrzebnie utrzymującymi się utrudnieniami w ruchu pieszych, rowerzystów, w dostępności do przystanków transportu zbiorowego i dostępności do obiektów zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie placu budowy” (str. 35 ekspertyzy).

A zatem biorąc pod uwagę tylko i wyłącznie 3 miesięczny okres prowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym przy uwzględnieniu wyżej wskazanych założeń możemy przyjąć, że same koszty społeczne będą wynosiły — 10.000.000,00 zł.

6. Paraliż komunikacyjny w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji. Zamawiający jest w posiadaniu makrosymulacyjnej analizy ruchu dla wariantów czasowej organizacji ruchu (COR) w związku z remontem estakad Trasy Łazienkowskiej w Warszawie (dokument w załączeniu). Przedmiotowy dokument w sposób jednoznaczny wskazuje wpływ inwestycji na dzielnice bezpośrednio sąsiadujące z trwającymi robotami budowlanymi tj..

Wnioski z analiz ruchu dla COR na estakadach Trasy Łazienkowskiej w rejonie Agrykoli:

Zwężenie przekroju Trasy Łazienkowskiej na odcinku estakad przy Agrykoli będzie skutkować istotnymi zmianami w potokach ruchu w sieci drogowej Warszawy. Według symulacji, zmiany te dotyczą bezpośrednio ok. 2500 3200 P/h (w obu kierunkach). Jest to natężenie ruchu samochodowego, które będzie zmuszone przenieść się na alternatywne połączenia drogowe;

W obu wariantach najistotniejszy będzie wzrost natężenia ruchu na połączeniach alternatywnych, równoległych do remontowanego odcinka Trasy Łazienkowskiej. W zależności od wariantu analizy i odcinka sieci, prognozy wskazują na możliwość przyrostu ruchu od 100 do prawie 1000 P/h w kierunku; Podstawowym korytarzem, na który mogą się przenieść znaczne potoki ruchu, jest ciąg objazdowy ulic: Waryńskiego — Goworka — Spacerowa — Gagarina — Czerniakowska.

Jest to najbliższe równoległe połączenie drogowe, które z uwagi na pewne rezerwy przepustowości będzie skłaniać do objazdu remontowanego odcinka Trasy Łazienkowskiej. Z drugiej strony, skala wzrostu natężenia ruchu będzie warunkowana dostępnym poziomem przepustowości na głównych skrzyżowaniach, m. in. z al. Armii Ludowej, ul. Puławską, ul. Belwederską czy ul. Czerniakowską. W obu szczytach prognozuje się coraz większy przyrost natężenia ruchu w tym korytarzu w miarę przesuwania się w kierunku zachodnim. Potoki ruchu drogowego w kierunku dominującym (szczytowym) mogą wzrosnąć o dodatkowe 300 P/h (Czerniakowska) do 700 P/h (Waryńskiego) a w szczycie porannym nawet o prawie 1000 P/h na dojeździe do Ronda Jazdy Polskiej;

Negatywnym efektem towarzyszącym przebudowie estakad Trasy Łazienkowskiej może być także wzrost ruchu tranzytowego na równoległych ulicach niższej klasy w pasie pomiędzy Trasą Łazienkowską a Alejami Jerozolimskimi. Z uwagi na bliskie położenie przy Trasie Łazienkowskiej, ulice te mogą stanowić atrakcyjną alternatywę dla ruchu objazdowego.

W wynikach symulacji można obserwować istotne przyrosty ruchu rzędu 100 — 350 P/h (w kierunku) m. in. wzdłuż następujących ulic: (1.) Ludna i Książęca, (2.) Górnośląska, Łazienkowska i Piękna, (3.) Szwoleżerów i Myśliwiecka. Widoczne jest także analogiczne ryzyko wzrostu natężenia ruchu na korytarzach południkowych pomiędzy Trasą Łazienkowską a Alejami Jerozolimskimi, tj. (1.) Nowy Świat, Aleje Ujazdowskie i Mokotowska, (2.) Krucza, (3.) Marszałkowska i Waryńskiego, (4.) Rozbrat;

Prognozowany wzrost natężenia ruchu wzdłuż ciągu podstawowego od strony północnej tj.: Wислоstrada Aleje Jerozolimskie — Marszałkowska — Waryńskiego, jest nieco

mniejszy i widoczny głównie w wariancie Wł. Różnice te wynoszą dodatkowe 100 — 300 P/h w kierunku (szczytowym). Wynika to m. in. z faktu znacznego nasycenia ruchem tych odcinków dróg, które w godzinach szczytu nie będą w stanie obsłużyć dodatkowych potoków ruchu samochodowego;

Dodatkowym korytarzem drogowym, który według prognoz przejmuje część potoków ruchu i to z dalszych obszarów, jest trasa wzdłuż Mostu Siekierkowskiego oraz al. Polski Walczącej. W wynikach symulacji widać, że trasa ta przejmuje ok. 200 300 P/h z potoku objeżdżającego remontowaną Trasę Łazienkowską. Stąd ten korytarz ten może pełnić potencjalnie korzystną rolę uzupełniającą w obsłudze ruchu objazdowego Trasy Łazienkowskiej do/z prawobrzeżnej części Warszawy, pozwalającą ominąć Most Łazienkowski.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 214 ust 1 pkt 1 lit. a) zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

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

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 "korzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia (wyr. SA w Warszawie z 21. I .2015 r., I ACa 1201/14, Legalis).

W ocenie zamawiającego Prezes UZP dokonał błędnej wykładni przedmiotowej przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, uznając, że zamawiający nie udowodnił, że przeprowadził analizę rynku na potrzeby spełnienia tej przesłanki. Rzecz w tym, że fakt, iż spółka pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu ma pełną i rozległą wiedzę o projekcie budowlanym i wykonawczych dla tego zadania, jak też wiedzę o całokształcie dokumentacji i korespondencji w ramach budowy, a tym samym może natychmiast przystąpić do pełnienia obowiązków, bez potrzeby wdrożenia, jest faktem notoryjnym. niewymagającym dowodu.

Żaden inny wykonawca na rynku, trudniący się projektowaniem, nie posiada takiej wiedzy, jak właśnie Inżynier Kontraktu.

Niewątpliwie w błędzie jest Prezes UZP twierdząc, że fakt braku potrzeby dodatkowego wdrożenia, przy konieczności natychmiastowej kontynuacji funkcji nadzoru i przygotowania projektów zamiennych, jest okolicznością subiektywną w ocenie Zamawiającego, a nie okolicznością obiektywną. Jest to w sposób oczywisty okoliczność o charakterze obiektywnym — każdy inny musiałby poświęcić z samej natury rzeczy czas na wdrożenie i zaznajomienie z niezwykle obszerną dokumentacją projektową oraz dokumentacją budowy, w tym korespondencją w zakresie wad dokumentacji projektowej, opinii i wyjaśniania wątpliwości.

BicoGroup 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. BicoGroup 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.

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.

Zatem w ocenie Zamawiającego zachodzi zobiektywizowany przypadek, że występuje tylko jeden wykonawca zdolny zrealizować zamówienie zgodnie z jego potrzebami.

Prezes UZP wraz z zastrzeżeniami przekazał Izbie pismo z dnia 30 kwietnia 2025 roku, w którym wskazał, iż to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że zaistniały wszystkie przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając w treści zastrzeżeń zaistnienie przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, tj. przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, niejako dokonuje jej łączenia z przesłanką z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Takie działanie jest nieuprawnione. Okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający, tj. konieczność natychmiastowej kontynuacji przez wykonawcę, któremu Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia, usługi nadzoru i przygotowania projektów zamiennych (pkt 7 i 8 na str. 2 zastrzeżeń) jest przesłanką trybu z wolnej ręki, której zaistnienie jest oceniane odrębnie od omawianej przesłanki, tj. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej 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. Zatem sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego przekonania zamawiającego. Niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na m.in. doświadczenie wykonawcy, jego możliwości organizacyjne czy fakt, że zamówienie ma złożony charakter oraz długi czas realizacji, czy też na okoliczność, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnego wykonania określonego zadania.

Prezes UZP stwierdził, że rynek usług projektowych i związana z nim usługa pełnienia nadzoru autorskiego nad projektem jest rynkiem konkurencyjnym, bowiem na rynku tym 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. Na istnienie konkurencji wskazał także zamawiający w zastrzeżeniach stwierdzając, że jest oczywiście na rynku wiele firm trudniących się projektowaniem i nadzorem autorskim, ale wszystkie te pozostałe firmy z natury rzeczy, z przyczyn obiektywnych, musiałyby się najpierw wdrożyć w obszerną dokumentację projektową i budowy.

Prezes UZP podkreślił, że przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (...) 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. Ponadto należy odróżnić obiektywnie istniejący stan faktyczny, w którym istnieje jedyny wykonawca zdolny do wykonania zamówienia, od subiektywnych wyobrażeń i przekonania zamawiającego na tą okoliczność. Tym samym jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym lub w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Prezes UZP wskazał, że wykonanie przedmiotowego zamówienia przez innego wykonawcę ze względu na konieczność zapoznania się przez niego z obszerną dokumentacją projektową nie jest ze względów technicznych niemożliwe, a jedynie utrudnione. Co istotne, konieczność zapoznania się z obszerną dokumentacją projektową, często w krótkim czasie,

przez podmioty profesjonalnie świadczące usługi będące przedmiotem zamówienia, nie jest sytuacją niecodzienną.

W ocenie Prezesa UZP, wbrew twierdzeniu zamawiającego, okoliczność braku potrzeby dodatkowego wdrożenia wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia] (...), ze względu na zaznajomienie z niezwykle obszerną dokumentacją projektową oraz dokumentacją budowy, w tym korespondencją w zakresie wad dokumentacji projektowej, opinii i wyjaśniania wątpliwości (pkt 8 na str. 2 zastrzeżeń), nie jest okolicznością obiektywną. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie omawianego przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy PZP kierował się jedynie własnym subiektywnym przekonaniem, że wykonawca Bico Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie zgodnie z jego potrzebami. Jak wskazał 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 jedynie wybranemu wykonawcy.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu w pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdy łącznie zostaną spełnione przesłanki w nim wymienione. Co istotne, pomiędzy powyższymi przesłankami musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki, dotyczącej wyjątkowości sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć, tj. jakkolwiek strony były w sporze co do sposobu naliczania wynagrodzenia (...), obowiązki nadzoru autorskiego były przez Wykonawcę realizowane, zatem Zamawiający nie miał podstaw, by sądzić, że Wykonawca dokona nieznajdującego oparcia w prawie wypowiedzenia, należy wskazać, że z wcześniejszych wyjaśnień Zamawiającego wynika coś wprost przeciwnego. Jak bowiem wynika z wyjaśnień Zamawiającego 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 z załączonym wykazem pytań pozostawionych bez odpowiedzi) - pytania obejmujące okres od dnia 7 marca 2023 r. do dnia 23 stycznia 2024 r. Ponadto Zamawiający w ww. wyjaśnieniach wskazał także, że 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.). Natomiast Projektant zaprzestał wykonywania wszelkich czynności nadzoru autorskiego od dnia 30.11.2023 r. tj. od dnia złożenia pisma zatytułowanego: „Wypowiedzenie Umowy” [dnia 30.11.2023 r. zgodnie z treścią pisma Projektanta pn. Wypowiedzenie Umowy].

W ocenie Prezesa UZP nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że w Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że: rozwiązania umów są czymś normalnym i przewidywalnym (...) (pkt 13 na str. 3), ocena Prezesa UZP, że przedmiotowa sytuacja nie była wyjątkowa i Zamawiający mógł ją przewidzieć, jest abstrakcyjna i całkowicie oderwana od realiów tej konkretnej sprawy (pkt 15 na str. 4), nie jest to więc żaden typowy przypadek niewykonania zobowiązania przez wykonawcę, jak to błędnie, abstrakcyjnie ocenił Prezes UZP (1 akapit na str. 23). Należy podkreślić, że w Informacji o wyniku kontroli wskazano, że odstępianie od umowy w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie stanowiło wyjątkowej sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć. Bowiem odstępianie w dniu 28 grudnia 2023 r. przez Zamawiającego od Umowy nr ZP/5/PN/5/17 w części niewykonanej, wobec wcześniejszego wypowiedzenia tej Umowy przez Projektanta w dniu 30 listopada 2023 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. Również wypowiedzenie Umowy nr ZP/5/PN/5/17 przez Projektanta w dniu 30 listopada 2023 r. w zakresie pełnienia czynności nadzoru autorskiego nad projektem w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie powinno stanowić dla Zamawiającego zaskoczenia.

Prezes UZP podkreślił, iż Zamawiający wskazał w zastrzeżeniach, że sposób zachowania Wnioskodawcy stanowił całkowite zaskoczenie dla Zamawiającego, był sytuacją wyjątkową i nie mógł się jej spodziewać, że Wykonawca jako profesjonalista będzie kierował oświadczenia w ogóle nieoparte w prawie, ani w Umowie (pkt 12 na str. 3 zastrzeżeń, pkt 4 na

str. 22-23 zastrzeżeń). Zdaniem Zamawiającego niespodziewane, istotne i narastające uchybienia po stronie wykonawcy stanowią sytuację nadzwyczajną (str. 28 zastrzeżeń). Odnosząc się do powyższych twierdzeń Zamawiającego należy wskazać, że wypowiedzenie Umowy nr ZP/5/PN/5/17 przez Projektanta w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie stanowiło wyjątkowej sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający nie powinien być zaskoczony takim przebiegiem zdarzeń, tym bardziej, że jak sam wskazał w zastrzeżeniach (str. 14-21 zastrzeżeń), Projektant kilkakrotnie dawał wyraz elementarnego niezrozumienia istoty obowiązków projektanta wynikających z mocy samej ustawy Prawo budowlane, jak też przyjętego sposobu rozliczeń za nadzór autorski na gruncie Umowy.

Prezes UZP wskazał, iż wbrew twierdzeniu Zamawiającego (pkt 12 na str. 3 zastrzeżeń), Prezes Urzędu nie sugerował w treści Informacji o wyniku kontroli, że w związku z odstąpieniem od umowy przez Projektanta Zamawiający powinien podjąć działania zmierzające do udzielenia zamówienia. Natomiast w Informacji o wyniku kontroli wskazano, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający mógł i powinien przewidywać konieczność wykonania przedmiotowego zamówienia przez innego wykonawcę. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli 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. 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 z okresu od 4 grudnia 2023 r. do 22 kwietnia 2024 r., które nie zostały przekazane do Projektanta). 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 2023 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. W stanie faktycznym sprawy między Stronami (tj. Zamawiającym a wykonawcą: Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH

z siedzibą w Dusseldorfie) 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, 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 już wyżej podniesiono Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2024 r. wskazał, 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) - pytania obejmujące okres od dnia 7 marca 2023 r. do dnia 23 stycznia 2024 r.

Ponadto należy stwierdzić, że niezależnie od użytej w Informacji o wyniku kontroli terminologii w kontekście określenia czynności Projektanta z dnia 30 listopada 2023 r., tj. jako wypowiedzenia lub odstąpienia do Umowy nr ZP/5/PN/5/17, okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla oceny legalności zastosowania przedmiotowej przesłanki trybu z wolnej ręki (dotyczy twierdzeń Zamawiającego: pkt 12 na stronie 3 zastrzeżeń, str. 38-39 zastrzeżeń).

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej omawianej przesłanki trybu z wolnej ręki, w kwestii przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia (akapit 2 na str. 32 zastrzeżeń) należy wskazać, że jak stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego nie są to pojęcia o takim samym znaczeniu i nie mogą być stosowane zamiennie.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że Prezes UZP pomylił konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia z pilnym charakterem jego wykonania w oparciu o tempo czynności podejmowanych przez Zamawiającego (pkt 11 na str. 3 zastrzeżeń), należy wskazać, że 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 publicznego⁰. 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 ocenie Prezesa UZP w niniejszej sprawie nie można uznać, że mieliśmy do czynienia z taką właśnie sytuacją, wobec długotrwałego pozostawania Zamawiającego i Projektanta w stanie sporu jeszcze przez wypowiedzeniem Umowy przez Projektanta w dniu 30 listopada 2023 r. Powyższy fakt potwierdzają także długie okresy pomiędzy poszczególnymi działaniami Zamawiającego (przekazania oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy nr ZP/5/PN/5/17 przez Projektanta 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.). Zatem wykonanie przedmiotowego zamówienia nie było potrzebą natychmiastową, niecierpiącą zwłoki. Dodać należy, że 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) .

Prezes UZP wskazał, iż wbrew twierdzeniu Zamawiającego, że powoływanie się na użyte sformułowanie „pilnego” (...) w jednym zdaniu 14 stronicowego pisma jest nadużyciem interpretacyjnym co do intencji Zamawiającego w zakresie przedstawionego stanowiska (...) należy wskazać, że Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. użył ww. pojęcia w następujących zdaniach:

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.

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.

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.

Prezes UZP wskazał, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Prezes Urzędu nie uznał w Informacji o wyniku kontroli, że nie było konieczności natychmiastowego zawarcia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na ryzyko uszczerbku w majątku Zamawiającego. Wykonawca robót wyraźnie oświadczył, że z tytułu przestoju będzie ponosił koszty minimum 20.000 zł dziennie (pkt 18 na str. 5 zastrzeżeń). Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż zminimalizował ów uszczerbek (...). Powyższe potwierdza, że konieczne było zawarcie natychmiast zamówienia z wolnej ręki celem uniknięcia uszczerbku (...) (pkt 18 na str. 5 zastrzeżeń), bowiem w stanie faktycznym sprawy jak już wyżej wskazano nie wystąpiła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Prezes UZP podniósł, że Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że z uwagi na konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia z uwagi na potrzebę zachowania ciągłości nadzoru autorskiego (...), udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki w możliwie najkrótszym terminie (str. 38 zastrzeżeń). Odnosząc się do powyższego twierdzenia Zamawiającego należy podkreślić, że jak wyjaśnił Zamawiający w dniu 30 września 2024 r. nadzór autorski nad realizacją projektu nie był sprawowany od dnia 30 listopada 2023 r. tj. od dnia złożenia przez Projektanta oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy nr ZP/5/PN/5/17 w zakresie pełnienia czynności nadzoru autorskiego nad realizacją projektu, do dnia 19 lutego 2024 r. (w dniu 20 lutego 2024 r. została zawarta umowa z innym wykonawcą). Zatem należy stwierdzić, że konieczność zachowania ciągłości nadzoru autorskiego nie było potrzebą priorytetową.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w przekazanych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej rozszerzył podstawę faktyczną zastosowania omawianej przesłanki trybu z wolnej ręki w zakresie przesłanki natychmiastowości wykonania zamówienia (pkt IV ppkt 4, 5 i 6 na str. 35-37), przedstawiając dodatkowe argumenty i dowody mające potwierdzić zasadność jej zastosowania, tj. okoliczność, że realizacja robót przebiega bezpośrednio z sąsiadującym terenem objętym obszarem natura 2000, a także wskazując na koszty społeczne przedłużającej się realizacji inwestycji drogowej oraz możliwość paraliżu komunikacyjnego w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji (wraz z ekspertyzą).

W uchwale z dnia 21 października 2011 r. 10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że stoi jednak na stanowisku, że zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia

umowy - stosowanie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli.

Prezes UZP stwierdził, że powoływanie się przez Zamawiającego na ww. nowe okoliczności faktyczne, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w Informacji o wynikach kontroli, jest nieuzasadnione.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej omawianej przesłanki trybu z wolnej ręki, dotyczącej czasu trwania i zakresu zamówienia udzielanego na podstawie omawianej przesłanki (pkt 16 str. 4 zastrzeżeń, pkt 1 str. 34 zastrzeżeń), Prezes UZP stwierdził, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego w Informacji o wyniku kontroli brak jest zalecenia co do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na krótki okres tj. na czas wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że z przedmiotowej przesłanki wprost nie wynika, że zamówienie w trybie z wolnej ręki winno być zamówieniem krótkotrwałym z uwagi na konieczny zakres jego udzielenia, Prezes UZP wskazał, że powyższe wynika z dorobku orzecznictwa głównie Krajowej Izby Odwoławczej.

Prezes UZP podkreślił, że 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 S 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.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 129 ust. 2 ustawy Pzp zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Zasada ta wiąże się z inną zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 16 ustawy Pzp urzeczywistnia się najpełniej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Zasada prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający, zgodnie z art. 192 ust. 2 *in finto* ustawy Pzp może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Przepis ten, będący odstępstwem wskazanej zasady, należy traktować jako wyjątek i tym samym nie może być on interpretowany w sposób rozszerzający.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki powołując się na przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Prezes UZP zasadnie stwierdził naruszenie przez zamawiającego 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.

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

Stosownie do dyspozycji art. 213 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

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.

Izba wskazuje, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp nie jest wystarczające przekonanie zamawiającego, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie w sposób najbardziej adekwatny do założeń zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie wykonać. Należy zaznaczyć, iż sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Jak podkreśla Trybunał Sprawiedliwości UE w swoich orzeczeniach, zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że z „przyczyn technicznych” było bezwzględnie konieczne udzielenie kwestionowanego zamówienia jednemu wykonawcy (np. sprawa C-57-93 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej). Podobne stanowisko zawarte jest w krajowych orzeczeniach sądowych. Sąd Najwyższy wskazał, że przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym w ustawie o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu” (Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, OSNCP 2001, nr 22, poz. 657). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał, że przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, które ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Wyrok NSA z dnia 11

września 2000 r., II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39). W powyższą linię orzecniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13) (stanowiska przywołane w uchwale KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. KIO/KD 26/16).

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego nie wskazuje, że ze względów technicznych o obiektywnym charakterze nie jest możliwe wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę niż Bico Group Sp. z o.o. Jak wskazuje KIO, przesłanka wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę musi być więc zobiektywizowana, a przyczyny techniczne powinny zachodzić, gdy niezbędnie konieczne jest posiadanie szczególnych kwalifikacji, sprzętu lub innego wyposażenia, a wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione (Uchwała KIO z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09).

Tymczasem Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. wskazał, że spółka BicoGroup 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. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale z subiektywnym przekonaniem Zamawiającego, że z uwagi na przyczyny organizacyjne BicoGroup 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.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku nie zaszyły przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

W ocenie Izby Prezes UZP zasadnie stwierdził naruszenie przez zamawiającego 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.

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.

Z dyspozycji art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynika, że udzielenie zamówienia na jego podstawie jest możliwe w sytuacji, gdy wystąpią kumulatywnie następujące okoliczności:

- wystąpi wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć,
- sytuacja ta spowoduje, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- zastosowanie innego trybu nie jest możliwe z uwagi na niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do stwierdzenia zaistnienia wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć.

Zaistnienie okoliczności, której nie dało się wcześniej przewidzieć, to sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności można zaliczyć zdarzenie losowe, awarie, katastrofy naturalne. Nieprzewidywalność sytuacji powinna być oceniana w sposób obiektywny i indywidualnie dla każdej sytuacji. Nie chodzi tu bowiem o każdą, nawet najmniej prawdopodobną ewentualność wystąpienia jakiegoś zjawiska, lecz o sytuację, której możliwość wystąpienia, przy racjonalnej ocenie wszystkich okoliczności, należy uznać za znikomą.

Jak wynika z fragmentu pisma zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2025 roku, którego zgodność ze stanem faktycznym została potwierdzona ustaleniami Izby:

Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli 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. 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 z okresu od 4 grudnia 2023 r. do 22 kwietnia 2024 r., które nie zostały przekazane do Projektanta). 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/A1205/USA) pn. Ostateczne wezwanie Zamawiającego do podjęcia współdziałania z Wykonawcą - w zakresie akceptacji kart nadzoru autorskiego wskazanych ww. pismem, oraz z dnia 30 listopada 2023 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.

W stanie faktycznym sprawy między Stronami (tj. Zamawiającym a wykonawcą: Schuessler-PlanIngenieurgesellschaftmbH 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, 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 już wyżej podniesiono Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2024 r. wskazał, 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) - pytania obejmujące okres od dnia 7 marca 2023 r. do dnia 23 stycznia 2024 r.

Z powyższego wynika, że zamawiający miał wiedzę o wystąpieniu okoliczności, które mogą skutkować rozwiązaniem umowy, co najmniej kilka miesięcy przed złożeniem oświadczenia o rozwiązaniu umowy. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia braku przewidywalności możliwości zakończenia umowy przed jej realizacją.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszła przesłanka, zgodnie z którą wyjątkowa sytuacja spowoduje, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia

Wykonanie zamówienia to wykonanie zobowiązania wynikającego z zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią tejże umowy. Należy zatem rozważyć, czy w rozpoznawanym przypadku, z uwagi na specyfikę i poziom skomplikowania przedmiotu zamówienia, jego wykonanie może nastąpić w sposób natychmiastowy. Wielki Słownik Języka Polskiego definiuje określenie "natychmiastowy" jako taki, który nastąpił lub nastąpi w jak najkrótszym czasie po pewnym innym zdarzeniu, o którym mowa lub o którym wiadomo. Odnosząc powyższe do treści art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podkreślić należy, że potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia oznacza wykonanie zamówienia jak najszybciej, zaraz po ustąpieniu okoliczności, które tę potrzebę spowodowały. Przyjmuje się, że "natychmiastowe wykonanie zamówienia" oznacza konieczność jego realizacji "szybciej niż pilnie", czyli właściwie "z dnia na dzień". Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp winno dotyczyć zatem jedynie zamówień w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia, przy czym wystąpienie negatywnych konsekwencji musi być nie tylko możliwe, ale też bardzo prawdopodobne.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w rozpoznawanym przypadku powyższe przesłanki nie miały miejsca. Wziąwszy pod uwagę okoliczność, że od dnia wypowiedzenia umowy przez wykonawcę (30 listopada 2023 roku) do dnia udzielenia zamówienia innemu wykonawcy (20 lutego 2024 roku) minął okres czasu na tyle długi, że wyklucza możliwość kwalifikacji konieczności udzielenia zamówienia jako natychmiastowej.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, iż również rodzaj i charakter przedmiotu zamówienia wyklucza jego wykonanie w sposób natychmiastowy. Jak wskazał Prezes UZP w piśmie z dnia 30 kwietnia 2025 roku:

Należy podkreślić, że 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 Schuessler - 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).

Odnosząc się do podniesionych w zastrzeżeniach okoliczności, mających uzasadniać konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia, iż realizacja robót przebiega bezpośrednio z sąsiadującym terenem objętym obszarem Natura 2000, a także wskazaniach na koszty społeczne przedłużającej się realizacji inwestycji drogowej oraz możliwość paraliżu komunikacyjnego w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji, Izba wskazuje, że okoliczności te nie zostały stwierdzone w ustalonym przez Prezesa UZP stanie faktycznym. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 605 ust. 1 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. W sytuacji, w której okoliczności wskazane przez zamawiającego w zastrzeżeniach nie zostały wskazane w protokole postępowania, przyjąć należy, iż nie stanowiły one podstawy udzielenia zamówienia zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby bez znaczenia dla stwierdzonych naruszeń pozostaje okoliczność, iż zamawiający w złożonych wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 roku posługiwał się w niektórych miejscach określeniem konieczności „pilnego”, a nie „natychmiastowego”, udzielenia zamówienia. Jakkolwiek nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w zastrzeżeniach, iż sformułowanie „pilne” może stanowić synonim „natychmiastowego”, a to z tego powodu, że ustawa Pzp rozróżnia te sformułowania i nadaje im inne znaczenie (np. art. 214 ust. 1 pkt 5 oraz art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), to jednak okoliczność, czy w rozpoznawanej sytuacji zaszła konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia oceniana jest na podstawie ustaleń faktycznych, nie zaś sformułowań używanych przez zamawiającego. Jednocześnie Izba wskazuje, że ustalenia Prezesa UZP w zakresie braku wystąpienia okoliczności uzasadniających natychmiastowe udzielenie zamówienia nie budzą wątpliwości Izby.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku nie zaszyły łącznie wszystkie przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Przewodniczący:

.....

.....