

Warszawa, dnia 11 lipca 2011 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A (budynek Adgar Plaza)
00-898 Warszawa

Odwołujący:

China Overseas Engineering Group Co. Ltd
z siedzibą w Pekinie, Building 7, No. 1
Zizhuyuan Road, Dystrykt Haidian, Pekin,
Chińska Republika Ludowa

reprezentowany przez:

radcę prawnego Katarzynę Petruczenko
oraz adwokatów Marcina Radwan-
Röhrenscheffa i Bartosza Piechotę,
pod adresem do doręczeń w kancelarii:
Radwan-Röhrenscheff Sp.k.
ul. Nowogrodzka 11, 00-513 Warszawa

Zamawiający:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg
Krajowych i Autostrad,
ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa

Wpis 20 000 zł

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I” bez węzła) do km 394 + 500”, znak postępowania: IA.II.71111-lp-150.1965.PG/10 (dalej „Postępowanie”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego się China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie, Building 7, No. 1 Zizhuyuan Road, Dystrykt Haidian, Pekin, Chińska Republika Ludowa (dalej w treści odwołania zwanego „Odwołującym się”, „Wykonawcą” lub „Covec”), przedkładając udzielone mi pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Pzp”) składam odwołanie od:

niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do

Radwan-Röhrenscheff Spółka komandytowa | ul. Nowogrodzka 11, 00-513 Warszawa
sekretariat@rohrenscheff.pl | t. +48 22 266 0 900 | f. +48 22 266 0 901

2006/12.07.11 - ślad ze foliusem → OR → OPR

Warszawa	
Departament Postępowań Przetargowych	
Wpłynęło dnia	12.07.2011
Numer	1133
SEKRETARIAT	

RÖHRENSCHEF

Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I“ bez węzła) do km 394 + 500” (dalej „Zamówienie”) przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki pomimo niezastąpienia podstaw prawnych do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z przyjęciem przez Zamawiającego, że:

- a) doszło do wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, uzasadniającej zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu wyboru wykonawcy Zamówienia, w postaci zakończenia współpracy z Odwołującym się, mimo że doszło do tego z winy Zamawiającego, i że to Odwołujący się pierwszy odstąpił od Kontraktu zawartego z Zamawiającym w dniu 28.09.2008 r.;
- b) istnieje konieczność natychmiastowego wykonania Zamówienia, mimo że jak wynika ze stanowiska KIO „przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania (...)”, z którymi to nieprzewidywalnymi i nadzwyczajnymi zdarzeniami nie mamy do czynienia w odniesieniu do przedmiotowego Zamówienia;
- c) nie jest możliwe dochowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówień publicznych skoro minimalny niezbędny czas trwania procedury przetargowej w trybie konkurencyjnym wynosi ok. 6 miesięcy, a zaniechanie prac budowlanych na ten okres spowodowałoby degradację wykonanych obiektów lub konieczność ich powtórnego wykonania, czego po pierwsze Zamawiający nie wykazał, a co po drugie nie uzasadnia wyboru przez Zamawiającego najmniej konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego ze wszystkich proponowanych przez Pzp;

2. art. 31 ust. 1 lit. c Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej „Dyrektywa”) w zw. z udzieleniem Zamówienia przy zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego, mimo braku pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których Zamawiający nie mógł przewidzieć, i mimo że terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30 Dyrektywy mogły być dotrzymane.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego się na podstawie art. 146 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 2 li. a) Pzp wnoszę o uwzględnienie

RÖHRENSCHEF

Odwołania w całości poprzez unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z Eurovia Polska S.A. oraz Warbud S.A.

Ponadto, wnoszę o:

1. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;
2. zobowiązanie Zamawiającego do ujawnienia kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówienia przez Eurovia S.A. oraz Warbud S.A.;
3. wyznaczenie terminu rozprawy na dzień 25 lub 26 lipca 2011 r.;
4. łączne rozpoznanie niniejszego odwołania oraz odwołania od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu zamówienia na kontynuację inwestycji pod nazwą „projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500” z wolnej ręki konsorcjum w składzie: Dolnośląskie Surowce Skalne S.A., Bogl a Krysl Polska Sp. z o.o., Bogl a Krys, o której to czynności Odwołujący się powziął wiadomość w związku z opublikowaniem przez Zamawiającego w dniu 08.07.2011 r. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, i którą zamierza zaskarżyć w przepisany terminie.

UZASADNIENIE

1. Wprowadzenie

Czynnością Zamawiającego stanowiącą przedmiot niniejszego Odwołania jest okoliczność udzielenia Zamówienia na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I” bez węzła) do km 394 + 500” przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki, pomimo niewystępowania ustawowych przesłanek wymaganych dla skorzystania przez Zamawiającego z tego trybu.

W dniu 28 września 2009 r. Covic zawarł z Zamawiającym umowę na projekt i budowę autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 365+261,42 (od węzła "Stryków I" bez węzła) do km 394+500 („Kontrakt 1”) oraz umowę na projekt i budowę autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500 („Kontrakt 2”).

W toku realizacji Kontraktu 1 i Kontraktu 2, Odwołujący się wskazywał na szereg uchybień Inżyniera Kontraktu w rozstrzyganiu roszczeń i brak reakcji Zamawiającego. Zamawiający w sposób ciągły nie wykonywał swoich

zobowiązań wynikających z Kontraktów 1 oraz 2, co ostatecznie doprowadziło do odstąpienia przez COVEC od obu umów.

Dowód:

- *Kontrakt 1 - umowa zawarta pomiędzy Odwołującym się a Zamawiającym w dniu 28.09.2008 r.*
- *Oświadczenie Odwołującego się o odstąpieniu od Kontraktu 1 z dnia 20 czerwca 2011 r.*

Covec jest potencjalnym wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt. 11 Pzp i posiada interes w uzyskaniu Zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, wskazanych w *petitum* Odwołania pozbawiło Odwołującego się możliwości ubiegania się o Zamówienie oraz uzyskania korzyści wynikających z ewentualnego udzielenia mu Zamówienia.

2. Termin na wniesienie Odwołania

Odwołujący się powziął informację na temat bezprawnego działania Zamawiającego - w postaci udzielenia Zamówienia z wolnej ręki - w związku z opublikowaniem w dniu 1.07.2011 r. na stronie internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex-ante*, informującego o wyborze nowych wykonawców Zamówienia tj. spółek EUROVIA Polska S.A. i Warbud S.A (dalej „Ogłoszenie *ex ante*”). W dniu 05.07.2011 r. ogłoszenie o udzieleniu Zamówienia ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej „Ogłoszenie w Dzienniku UE”).

Dowody: *Ogłoszenie *ex ante* z dnia 01.07.2011 r. oraz Ogłoszenie w Dzienniku UE z dnia 05.07.2011 r.*

Na podstawie art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp odwołanie wobec czynności Zamawiającego kwestionowanej w niniejszym postępowaniu, jako dotyczące Zamówienia, którego wartość przekracza kwoty określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (dalej „Rozporządzenie”) (najprawdopodobniej, bowiem wartość Zamówienia nie została wskazana w ogłoszeniach o jego udzieleniu, o czym poniżej) powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia, w którym Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W konsekwencji, mimo że w ocenie Odwołującego się termin na wniesienie Odwołania rozpoczął bieg dopiero w dniu 05.07.2011 r., z ostrożności procesowej niniejsze odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu 10 dni od daty powzięcia wiadomości o udzieleniu zamówienia, na wypadek przyjęcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że rozpoczęcie biegu terminu nastąpiło już 01.07.2011 r.

3. Opłata uiszczona od Odwołania

Ponieważ żadne ze wspomnianych ogłoszeń tj. ani Ogłoszenie ex ante, ani ogłoszenie w Dzienniku UE nie wskazują wartości udzielonego Zamówienia, stanowiącej podstawę wyliczenia wpisu, który Wykonawca zobowiązany jest uiszczać przy składaniu Odwołania, Wykonawca przyjmuje na podstawie posiadanej wiedzy oraz faktu, że ogłoszenie dotyczy zamówienia przekraczającego progi unijne, że od niniejszego odwołania winna zostać uiszczona opłata w kwocie 20 000 zł.

4. Zamówienie przekraczające progi unijne

Zamówienia na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I“ bez węzła) do km 394 + 500” jest zamówieniem na roboty budowlane w rozumieniu Pzp.

Wynagrodzenia ustalone przez Zamawiającego i Odwołującego się w Kontrakcie I na „Projekt i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I“ bez węzła) do km 394 + 500” miało wynieść 618 514 907,14 (słownie: sześćset osiemnaście milionów pięćset czternaście tysięcy dziewięćset siedem złotych 14/100) pln + VAT.

Dowód: *Kontrakt na budowę autostrady A2 z dnia 28.09.2008 r. zawarty pomiędzy Zamawiającym o Odwołującym się*

Biorąc pod uwagę doniesienia prasowe, kwota wynagrodzenia ustalona przez Zamawiającego w umowie z nowymi wykonawcami przewyższa tę określoną w Kontrakcie. Jest więc w zasadzie pewne, że udzielone Zamówienie przekracza tzw. progi unijne wskazane w Rozporządzeniu. W konsekwencji, w zakresie obowiązków dotyczących wymogu zachowania konkurencyjności, udzielenie przedmiotowego Zamówienia podlegało nie tylko reżimom określonym w Pzp, lecz także w rozporządzeniach i dyrektywach unijnych dotyczących udzielania zamówień publicznych.

W tym miejscu Odwołujący się wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do ujawnienia kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówienia przez Eurovia S.A. oraz Warbud S.A.

5. Brak przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 uzasadniających udzielenie Zamówienia w trybie z wolnej ręki

Istotą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest przeprowadzenie przez zamawiającego negocjacji wyłącznie z jednym wykonawcą. Nie ulega wątpliwości, że jest to niekonkurencyjny tryb udzielenia zamówienia publicznego, więc możliwość jego stosowania ustawodawca ograniczył do przypadków enumeratywnie wskazanych w art. 67 Pzp.

RÖHRENSCHEF

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, na który powołał się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o udzieleniu Zamówienia w trybie z wolnej ręki (zamieszczonym w Ogłoszeniu ex ante), zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeśli "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".

Dla zastosowania trybu z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp konieczne jest zaistnienie następujących przesłanek:

- musi wystąpić wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć;
- wykonanie Zamówienia musi nastąpić natychmiast;
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówień publicznych.

Jak wynika z ukształtowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej - Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „KIO”) zacytowane przesłanki nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a zastosowanie trybu z wolnej ręki powinno następować w wyjątkowych przypadkach.

Ad. a) Odpowiedzialność Zamawiającego za rozwiązanie Kontraktu

W dniu 3 czerwca 2011 r. Wykonawca złożył w oparciu o subklauzulę 16.2 d Warunków Ogólnych Kontraktu, powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 20 czerwca 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu. W uzasadnieniu powiadomienia Wykonawca wskazał szereg okoliczności, które były wynikiem niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu (stanowiącego jego personel) zobowiązań wynikających z Kontraktu.

W powiadomieniu o odstąpieniu Wykonawca zarzucił Inżynierowi, działającemu zgodnie z wolą i poparciem Zamawiającego bezzasadne odrzucanie bądź nie rozpatrywanie w terminie kontraktowym szeregu kontraktowych roszczeń Wykonawcy, których uwzględnienie było konieczne dla prawidłowej realizacji Kontraktu.

Nieuwzględnienie roszczeń doprowadziło do sprzecznego z treścią Kontraktu przerzucenia ryzyka finansowania umowy z Zamawiającego na Wykonawcę, powstania szkody w majątku Wykonawcy i oznaczało brak jakiegokolwiek woli współpracy Zamawiającego przy realizacji Kontraktu.

Ponadto w powiadomieniu o odstąpieniu Wykonawca wskazał szereg nieprawidłowości w postępowaniu Inżyniera i Zamawiającego w rozpatrywaniu wniosków o Przejściowe Świadczenia Płatności. Nieprawidłowe działanie Inżyniera i Zamawiającego w tym zakresie doprowadziło do sytuacji, w której

RÖHRENSCHEF

Wykonawca nie otrzymał zapłaty za wykonane w sposób należyty roboty budowlane. To z kolei skutkowało niemożnością opłacenia prac wykonanych przez podwykonawców.

Powyższe okoliczności, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność, prowadzą do wniosku o niewłaściwym wykonywaniu przez Zamawiającego zobowiązań wynikających z Kontraktu, które zgodnie z subklauzulą 16.2 d. dały Wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Wykonawca po złożeniu powiadomienia o odstąpieniu wykazał gotowość do polubownego rozstrzygnięcia problemów napotkanych w trakcie wykonywania Kontraktu. Jednakże z uwagi na stanowisko Zamawiającego, całkowicie i bezzasadnie kwestionujące roszczenia Wykonawcy, które nie uległo zmianie w trakcie prowadzonych rozmów, nie doszło do zawarcia porozumienia między stronami.

Dodatkowo w okresie od przekazania powiadomienia o odstąpieniu, Zamawiający za pośrednictwem środków masowego przekazu rozpowszechnił szereg nieprawdziwych informacji dotyczących Wykonawcy, godzących w jego markę i renomę oraz prowadzących do powstania dodatkowej szkody w majątku Wykonawcy.

Wobec tego odstąpienie od Kontraktu było konieczne i w pełni uzasadnione.

Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 23 grudnia 2009 r. (sygn.: KIO/KD 51/09) przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 dotyczy: „(...) okoliczności obiektywnie nieprzewidywaln[ych], tzn. taki[ch], których zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. Tak więc wyjątkowość sytuacji zawiniona przez Zamawiającego, pozbawia go możliwości zastosowania omawianego przepisu.”

W uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki wskazanym w Ogłoszeniu ex ante Zamawiający stwierdził, że wyjątkowa sytuacja w postaci zakończenia współpracy z Wykonawcą wynika z:

- nagłej i niespodziewanej utraty płynności finansowej przez Wykonawcę, mimo że, jak wskazano powyżej, „problemy z płynnością finansową po stronie Wykonawcy” (wstrzymanie zapłaty podwykonawcom), zaistniały na skutek działań Zamawiającego polegających na bezpodstawnej odmowie wystawienia Przejściowych Świadectw Płatności i uiszczenia należności za wykonane roboty;
- niezrealizowania przez Wykonawcę zobowiązań dotyczących sposobu zarządzania i finansowania kontraktu złożonych na etapie oceny ofert, pomimo że niezrealizowanie kontraktowych

zobowiązań w zakresie zarządzania i finansowania wynikało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

- zgłoszenia przez Wykonawcę dodatkowych żądań finansowych niemożliwych do spełnienia przez stronę publiczną, pomimo że strona publiczna była w stanie spełnić te żądania, o czym świadczą doniesienia prasowe odnośnie do wysokości wynagrodzenia za wykonanie Zamówienia zaoferowanego nowym wykonawcom, które to wynagrodzenie przekracza kwotę Kontraktu;
- rzekomego faktycznego porzucenia placu budowy, które nigdy nie miało miejsca, gdyż zaprzestanie wykonywania prac wynikało z odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z winy Zamawiającego;
- odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, mimo że to Wykonawca pierwszy odstąpił od umowy z winy Zamawiającego.

Ogół powyższych okoliczności sprawia, że przesłanka zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, nie została spełniona w okolicznościach niniejszej sprawy.

Ad. b) Brak konieczności natychmiastowego wykonania Zamówienia

a. prawo polskie

W odniesieniu do przedmiotowego Zamówienia nie zachodzi również wymóg jego natychmiastowego wykonania. Jak bowiem wynika ze stanowiska KIO „[p]rzesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania. Przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, znajdzie zatem zastosowanie w sytuacji, gdy niezbędne będzie podjęcie natychmiastowych działań, związanych z usuwaniem skutków katastrof lub zapobieżeniem gromadzącemu niebezpieczeństwu” (uchwała KIO z dnia 2 lutego 2011 r.; sygn.: KIO/KD 8/11), a także: „(...) wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia odróżnić należy od wykonania zamówienia w trybie pilnym (...)”.

Natychmiastowa potrzeba wykonania Zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp wiąże się z koniecznością podjęcia błyskawicznych działań, bez których niemożliwe będzie uniknięcie zagrożeń lub istotnych strat materialnych. Z natychmiastową potrzebą mieć będziemy do czynienia w razie zaistnienia potrzeby usunięcia zanieczyszczenia lub innego zagrożenia

spowodowanego przez zdarzenia losowe jak zabezpieczenie miejsca po wybuchu elektrowni jądrowej (Fukushima) czy wycieku szkodliwych substancji (przykłady Seveso i Seveso II).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający działając pod presją czasu oraz opinii publicznej stara się interpretować znaczenie „natychmiastowej potrzeby” rozszerzająco. Taka wykładnia art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp stoi jednak w sprzeczności z celem tej regulacji, co potwierdzają m.in. zacytowane orzeczenia KIO.

b. Prawo Unii Europejskiej

Odpowiednikiem « natychmiastowej konieczności wykonania » zamówienia na gruncie prawa Unii Europejskiej jest pojęcie tzw. « extreme urgency » występujące w art. 31 ust. 1 lit. c) Dyrektywy 2004/18 tłumaczone jako « pilna konieczność » i uzasadniające (pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek wskazanych w tym przepisie) udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej dotyczącymi Wspólnotowych zasad odnoszących się do zamówień publicznych « pilna konieczność » wynika z okoliczności niemożliwych do przewidzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego jak: klęski żywiołowe (powodzie, pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp¹. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji tylko tego rodzaju okoliczności mogą uzasadniać skorzystanie z niekonkurencyjnych procedur.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również wskazuje, że pojęcie „pilnej konieczności”, na potrzeby prawa zamówień publicznych, należy interpretować wąsko a ciężar wykazania istnienia pilnej konieczności spoczywa na zamawiającym².

Trybunał Sprawiedliwości wskazał w swym orzecznictwie trzy przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby można było mówić o zaistnieniu „pilnej konieczności”. Musi mianowicie wystąpić nieprzewidywalne zdarzenie losowe, które uniemożliwia dochowanie terminów określonych dla konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, a także musi istnieć normalny związek między zaistniałym nieprzewidzianym zdarzeniem a pilną

¹ Dyrektywa 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane ;

² Wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2005, C-394/02, *Komisja v Grecji*, ECR 2005 str. I-4513, par. 33 i powołane tam orzecznictwo; oraz wyrok z 10 kwietnia 2003 w połączonych sprawach C-20/01 i C-28/01, *Komisja v Niemcy*, ECR 2003, str. I-3609, par. 58).

koniecznością wyboru wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym (w omawianym przypadku negocjacji bez ogłoszenia z jednym wykonawcą - czyli, na gruncie polskiego prawa, udzielenia zamówienia z wolnej ręki)³

Ad. c) Możliwość skorzystania przez Zamawiającego z innych trybów w celu udzielenia Zamówienia

Uzasadniając fakt udzielenia Zamówienia, w ogłoszeniu ex ante, Zamawiający wskazał, że „niezbędny czas trwania procedury przetargowej w trybie konkurencyjnym wynosi ok. 6 miesięcy”, oraz że zaniechanie wykonania prac budowlanych w tym czasie doprowadziłoby do degradacji wykonanych obiektów i mogłoby skutkować koniecznością powtórного wykonania już zrealizowanych prac.

Niezależnie od konieczności zbadania czy w istocie zaniechanie wykonania prac budowlanych na okres sześciu miesięcy doprowadziłoby do degradacji wykonanych obiektów i mogłoby skutkować koniecznością powtórного wykonania już zrealizowanych prac, należy zauważyć, że tryb zastosowany przez Zamawiającego w celu udzielenia Zamówienia jest trybem najmniej konkurencyjnym ze wszystkich proponowanych przez Pzp.

GDDKiA twierdzi, że skorzystanie z trybu udzielenia Zamówienia z wolnej ręki było uzasadnione koniecznością wypełnienia zobowiązań w zakresie budowy infrastruktury drogowej, wynikających z organizacji turnieju finałowego UEFA EURO 2012. Nie wydaje się jednak by Zamawiający wystarczająco wnikliwie (choć zobowiązuje go do tego prawo Unii Europejskiej⁴) zbadał inne tryby udzielania zamówień publicznych, które zapewniłyby większy stopień konkurencyjności a jednocześnie pozwoliłyby na udzielenie Zamówienia w krótszym czasie, niż miałyby to miejsce w razie rozpisania przetargu nieograniczonego.

6. Interes Wykonawcy w złożeniu Odwołania

Art. 179 ust. 1 Pzp użależnia dopuszczalność wniesienia Odwołania przez dany podmiot od posiadania przez niego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

³Sprawa C-107/92 *Komisja v Włochy* [1993] ECR I-4655, par. 12, i sprawa C-318/94 *Komisja v Niemcy* [1996] ECR I-1949, par. 14, C-394/02, *Komisja v Grecji*, ECR 2005 str. I-4513, par. 40) ; a także wyrok z 18 listopada 2004, C-126/03, *Komisja v Niemcy*, ECR 2004 p. I-11197, par 23.

⁴Wyrok TSUE z dnia 2 października 2008 w sprawie C-157/06, *Komisja v WŁOCHOM*, ECR 2008 str. I-7313, par. 31 oraz wyrok z dnia 18 marca 1992 w sprawie C-24/91, *Komisja v Hiszpanii*, ECR str. I-1989, par.14).

Cytowany przepis nie wymaga od COVEC posiadania interesu prawnego, a jedynie interesu w uzyskaniu Zamówienia. O istnieniu interesu prawnego decydują przepisy prawa materialnego przyznające podmiotowi prawa lub nakładające nań obowiązki. Mimo, że ustawodawca wymaga obecnie od odwołującego się podmiotu posiadania jedynie interesu rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie musi być poparte normą prawa materialnego, to stwierdzić należy, że jako potencjalny wykonawca Zamówienia, Odwołujący się posiada również interes prawny w uzyskaniu Zamówienia. Działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu Zamówienia z wolnej ręki spowodowało bowiem utratę przez Odwołującego się szansy na wygranie postępowania o udzielenie Zamówienia.

Norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten musi dotyczyć konkretnego postępowania. COVEC jako dotychczasowy wykonawca prac budowlanych stanowiących przedmiot Zamówienia, niewątpliwie taki interes posiada.

W wyniku bezprawnego działania Zamawiającego, tj. udzielenia Zamówienia z wolnej ręki, Wykonawca poniósł szkodę w postaci utraty szans na uzyskanie wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jako podmiot specjalizujący się w wykonywaniu prac budowlanych, objętych przedmiotem Zamówienia, COVEC był potencjalnym kandydatem na wykonawcę Zamówienia.

7. Niezamieszczenie przez Zamawiającego właściwego ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia

Poza kwestią skorzystania z niewłaściwego trybu udzielenia Zamówienia, Odwołujący pragnie zauważyć, że Zamawiający naruszył również art. 66 ust. 2 Pzp z uwagi na fakt, że po wszczęciu postępowania o udzielenie Zamówienia:

- a. nie zamieścił ogłoszenia, spełniającego wymagania ustanowione w art. 66 ust. 2 Pzp, o zamiarze udzielenia Zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- b. ani nie przekazał ogłoszenia, spełniającego wymagania ustanowione w art. 66 ust. 2 Pzp, o zamiarze udzielenia Zamówienia do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, bowiem ogłoszenie skierowane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 29 czerwca 2011 r. nie spełniało kryteriów wskazanych w art. 66 ust. 2.

Zgodnie z dyspozycją art. 66 ust. 2 Pzp ogłoszenie powinno zawierać:

- o nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- o określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- o uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- o nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Ogłoszenie zamieszczone przez Zamawiającego w dniu 29.06.2011 r. nie spełnia wszystkich wskazanych powyżej wymogów. Nie wskazuje bowiem ani wielkości Zamówienia ani informacji o trybie w jakim Zamawiający zamierzał go udzielić.

Dowód: ogłoszenie z 29.06.2011 r.

8. Wniosek o wyznaczenie terminu rozprawy na dzień 25 lub 26 lipca 2011 r.;

W związku z planami urlopowymi pełnomocników Odwołującego się oraz biorąc pod uwagę, że przeprowadzenie rozprawy w zawnioskowanych terminach pozwoli na dochowanie ustawowego terminu na wydanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą Odwołujący się wnosi o wyznaczenie terminu rozprawy na dzień 25 lub 26 lipca

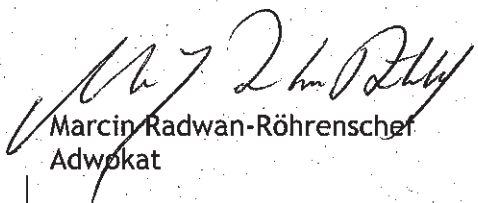
9. Wniosek o łączne rozpoznanie niniejszego odwołania oraz odwołania od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu z wolnej ręki zamówienia na kontynuację inwestycji pod nazwą „projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500”

W dniu 08.07.2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego ukazało się ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, informujące o udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia na kontynuację inwestycji pod nazwą „projekt i budowa autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500” z wolnej ręki konsorcjum w składzie: Dolnośląskie Surowce Skalne S.A., Bogl a Krysl Polska Sp. z o.o., Bogl a Krysl. Odwołujący się zamierza zaskarżyć tę czynność Zamawiającego w przepisany terminie a względy ekonomiki procesowej, tożsamość Odwołującego się i przedmiot obu odwołań uzasadniają wniosek o łączne rozpoznanie obu Odwołań.

Dowód: Ogłoszenia ex ante z dnia 08.07.2011 r.

Biorąc pod uwagę ogół wskazanych wyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

Pełnomocnik Odwołującego się zobowiązuje się do przedłożenia dowodu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w ciągu 3 dni od daty wniesienia Odwołania.


Marcin Radwan-Röhrenschef
Adwokat

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo;
2. Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania
3. Kontrakt I - umowa zawarta pomiędzy Odwołującym się a Zamawiającym w dniu 28.09.2008 r.
4. Oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu I z dnia 20.06.2011 r.
5. Ogłoszenie wstępne z dnia 29.06.2011 r.
6. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 01.07.2011 r.;
7. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 05.07.2011 r.
8. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 08.07.2011 r.;