

## Załącznik nr 1 do *Informacji pokontrolnej nr FELD.06.04-IZ.00-0037/24-002-INF*

### Szczegóły ustalenia nr 1.1

Przedmiotem kontrolowanego zamówienia przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki (o wartości przekraczającej próg unijny stosowania ustawy Pzp) była dostawa i montaż inteligentnej folii okiennej posiadającej warstwę ciekłych kryształków zlokalizowaną między dwoma warstwami folii PET na szybach fasadowych Miejskiej Biblioteki Publicznej. Zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania zostało przekazane w dniu 01.07.2025 r. do Wykonawcy (*dane zanonimizowano*), a negocjacje przeprowadzono w dniu 02.07.2025 r. W dniu 01.08.2025 r. Zamawiający (tj. Miejska Biblioteka Publiczna im. Adama Próchnika w Piotrkowie Trybunalskim) zawarł umowę nr 03/2025 z ww. Wykonawcą, za wynagrodzeniem 1 309 177,54 zł brutto.

Zamawiający jako podstawę prawną zastosowania ww. trybu wskazał art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, tj. okoliczność, iż 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. Jako uzasadnienie wyboru trybu Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazał m.in., iż Wykonawca zaproszony do negocjacji *dokonał wcześniejszego montażu folii ciekłokrystalicznej na części fasady oraz na świetlikach dachowych biblioteki. (...) Instalacje te funkcjonują bezawaryjnie od ponad trzech lat, bez konieczności podejmowania jakichkolwiek działań serwisowych lub napraw gwarancyjnych. W celu zachowania spójności technologicznej, estetycznej i funkcjonalnej, kontynuacja montażu powinna być wykonana przez tego samego wykonawcę. (...) Realizacja zamówienia przez innego wykonawcę niż (*dane zanonimizowano*) byłaby niezgodna z interesem Zamawiającego, groziłaby utratą gwarancji na przeszklenia fasadowe, naraziłaby na dodatkowe koszty serwisowe oraz obniżyła jakość i trwałość inwestycji.*

Z treści art. 129 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego oraz w trybie przetargu ograniczonego będzie możliwe

bez spełnienia dodatkowych przesłanek – powyższy przepis przewiduje zatem prymat przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego nad pozostałymi trybami. Zamówienie z wolnej ręki jest natomiast trybem szczególnym, którego stosowanie, zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, ustawodawca dopuszcza tylko w przypadkach określonych w ustawie - są one enumeratywnie wykazane w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym decyzja o zastosowaniu ww. trybu powinna być należycie przemyślana oraz uzasadniona, a tym samym na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia przesłanek uprawniających do jego stosowania. W tym zakresie warto przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) – np. w uchwale z dn. 03.01.2017 r. (sygn. akt KIO/KD/76/16) KIO stwierdziła, że *zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jakim jest niewątpliwie tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady stosowania trybów przetargowych. W konsekwencji przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a zamawiający, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić*. Pogląd ten został podzielony również w wyroku KIO z dn. 18.03.2019 r. (sygn. akt KIO 397/19). Powyższe orzeczenia, pomimo że dotyczą przepisów „starej” ustawy Pzp, nadal zachowują aktualność co do istoty.

Aby możliwe było przeprowadzenie trybu z wolnej ręki w oparciu o przesłankę, na którą powołuje się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, *Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie określone zamówienie wykonać, ponieważ (...) nie istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie*. Przesłanka, na którą powołuje się Zamawiający *zasadniczo odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem. (...) Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza zatem możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. (...) Przy czym istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie z własnego przekonania Zamawiającego. W szczególności niezasadne jest powoływanie się przez Zamawiającego na szczególne zaufanie do konkretnego wykonawcy czy jego doświadczenie* (patrz: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Wydanie II, 2023*). Jak wyjaśnił Sąd

Najwyższy w wyroku z dn. 12.05.2016 r. (sygn. akt I CSK 335/15) *względny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określone mu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednak zasadniczy charakter, tak aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzewycięzalny.* Ponadto, w uchwale z dn. 11.05.2018 r. (sygn. akt KIO/KD 18/18) KIO wskazała, że *skorzystanie z trybu wyboru wykonawcy z wolnej ręki jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej (...), w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego zamawiającego.* Pogląd ten został podzielony także w uchwale KIO z dn. 01.06.2020 r. (sygn. akt KIO/KD 23/20).

W ocenie Zespołu kontrolnego z przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki nie wynika, że dostawy będące przedmiotem kontrolowanego postępowania mogły zostać wykonane wyłącznie przez jeden podmiot z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Po przeprowadzonym przez Zespół kontrolny rozeznaniu, wnioskować można, że Wykonawca zaproszony do negocjacji nie jest jedynym na rynku, który jest w stanie dostarczyć i zamontować folię ciekłokrystaliczną. W związku z powyższym Beneficjent został poproszony (pismo znak: RPVII.44.1.49.2025 r. z dnia 12.09.2025 r.) o wyjaśnienie, na jakiej podstawie założył, iż firma (*dane zanonimizowano*) posiada faktyczny monopol w obszarze objętym zamówieniem, jak również, iż żaden inny podmiot funkcjonujący na rynku nie byłby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia równie dobrze, jak ww. Wykonawca.

W piśmie znak D.441.2.2025 z dnia 19.09.2025 r. Beneficjent wyjaśnił m.in., iż *Biblioteka to budynek nowopowstały, wybudowany na podstawie umowy, której stroną było Miasto Piotrków Trybunalski, nie zaś Zamawiający w niniejszym*

*postępowaniu. Inwestycja została zrealizowana przez (dane zanonimizowano) na podstawie Umowy o roboty budowlane nr 1280/RIM/I/17 z dnia 29.09.20217 r. (...) na wykonanie zadania inwestycyjnego polegającego na budowie budynku nowej Miejskiej Biblioteki Publicznej w Piotrkowie Trybunalskim. Miasto Piotrków Trybunalski uzyskało na ww. budynek 8-letnią gwarancję jakości i 8-letnią rękojmię za wady. (...) Biblioteka – jako użytkownik budynku, nie zaś jego właściciel musi dostosować się do wymagań właściciela, także do ścisłego przestrzegania postanowień obowiązującej Miasto gwarancji. Zatem w złożonych wyjaśnieniach Beneficjent zajął stanowisko, że powodem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki miały być warunki obowiązującej gwarancji: biorąc pod uwagę warunki obowiązującej gwarancji, spełniona jest przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, tj. przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.*

Do kolejnych wyjaśnień znak D.441.2.2025 z dnia 06.10.2025 r. Beneficjent załączył Kartę gwarancyjną, wydaną przez Generalnego Wykonawcę (dane zanonimizowano), której zapisy w ocenie Beneficjenta były podstawą do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Po analizie treści ww. dokumentu stwierdzić należy, iż zawiera on ogólne, lakoniczne sformułowania, typu: *Nie podlegają uprawnieniom z tytułu gwarancji wady i usterki powstałe wskutek: (...) szkód powstałych z winy użytkownika obiektu lub osoby trzeciej, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, (...) jakiegokolwiek przebudowy dokonanej bez uzgodnienia i pisemnej akceptacji Generalnego Wykonawcy.* W swoich wyjaśnieniach Beneficjent powołał się ponadto na pismo Wykonawcy inwestycji - (dane zanonimizowano) - z dnia 04.06.2025 r., w którym wskazał on firmę (dane zanonimizowano) jako jedyne wykonawcę przedmiotu zamówienia, tj. *wykonania prac montażowych związanych z folią ciekłokrystaliczną, pod rygorem utraty gwarancji na zakres objęty ingerencją,* którego akceptuje jako wykonawcę ww. zadania. W ocenie Zespołu kontrolnego przytoczone zapisy Karty gwarancyjnej nie dają Generalnemu Wykonawcy podstaw do formułowania ww. żądania w zakresie wykonania montażu folii ciekłokrystalicznej wyłącznie przez określonego Wykonawcę. Postanowienia ww. gwarancji wyłączają odpowiedzialność gwaranta w przypadku wykonania *przebudowy bez uzgodnienia (...).* Montaż folii nie mieści się natomiast w definicji przebudowy, wynikającej z art. 3 pkt 7a ustawy Prawo

budowlane. Bezpodstawne, w świetle powyższego, było w ogóle zwracanie się do (*dane zanonimizowano*) z prośbą o zgodę na montaż folii. Abstrahując jednakże od skuteczności zastrzeżeń poczynionych w piśmie (*dane zanonimizowano*), Zespół kontrolny nie może zgodzić się z argumentacją Beneficjenta, iż możliwość utraty gwarancji stanowi przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze. Warunki gwarancji są postanowieniami umownymi, których zakres jest kształtowany przez strony umowy, a zatem nie mają charakteru przyczyn technicznych, o obiektywnym charakterze.

Nic nie stało na przeszkodzie, aby tak określono warunki gwarancji, by ewentualne czynności różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego z niej wynikające. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w treści uchwały KIO z dn. 26.04.2012 r. (sygn. akt KIO/KD/42/12), która uznała, że *możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze. To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem, dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system.* Pomimo, iż powyższa uchwała KIO dotyczy innego stanu faktycznego oraz stanu prawnego sprzed nowelizacji ustawy Pzp, to pozostaje aktualna na gruncie analizowanej przesłanki wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Mając powyższe na uwadze, Zespół kontrolny nie może zgodzić się z opinią Zamawiającego, iż umowna ochrona interesów Miasta Piotrków Trybunalski, właściciela budynku Biblioteki, wynikająca z wystawionej gwarancji uzasadnia zastosowanie trybu z wolnej ręki. W tych okolicznościach bowiem przedmiotowa przesłanka zastosowania wolnej ręki w ogóle się nie aktualizuje, gdyż same zapisy gwarancyjne nie otwierają automatycznie możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki.

Reasumując, w opinii Zespołu kontrolnego, zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia było nieprawidłowe. Zarówno w uzasadnieniu wyboru trybu wskazanym w dokumentacji przedmiotowego postępowania, jak i w wyjaśnieniach złożonych po przeprowadzeniu czynności kontrolnych, Zamawiający nie przedstawił rzeczowej argumentacji przemawiającej za zastosowaniem powyższego trybu. Znajdują się tam jedynie lakoniczne i ogólnikowe tezy Zamawiającego: *W celu zachowania spójności technologicznej, estetycznej i funkcjonalnej, kontynuacja montażu powinna być wykonana przez tego samego Wykonawcę, czy: Skala prac i ich charakter powodują, że jedynie wskazany przez Zamawiającego Wykonawca jest w stanie je zrealizować z zachowaniem pełnej kompatybilności technicznej i funkcjonalnej.* Nie pozwalają one na ustalenie, że tylko i wyłącznie Wykonawca wskazany przez Zamawiającego może wykonać zamówienie z obiektywnych przyczyn technicznych. Brak jest w uzasadnieniu szerszej analizy rynkowej w zakresie tego, że inne podmioty nie są zdolne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej, ze stanowiska przedstawionego przez Beneficjenta w wyjaśnieniach wprost wynika, że udzielenie zamówienia innemu podmiotowi co do zasady było możliwe, ale względy organizacyjne i finansowe spowodowały zastosowanie trybu z wolnej ręki: *Realizacja zamówienia przez innego Wykonawcę wymagałaby konieczności stałej współpracy z Wykonawcą inwestycji, co w oczywisty sposób pociągałoby za sobą spowolnienie procesu realizacji zamówienia oraz potencjalny wzrost kosztów realizacji zamówienia.* Wskazywanie zatem w przedmiotowej sprawie konkretnego Wykonawcy jako jedyne podmiotu mogącego zrealizować zamówienie jest bezzasadne, zważywszy że przedmiotowe zamówienie mogło być realizowane przez innych Wykonawców funkcjonujących na rynku. Zdaniem Zespołu kontrolnego Zamawiający nie sprostał ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, gdyż uzasadnienie faktyczne i prawne zawarte w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie potwierdzało zasadności wyboru trybu z wolnej ręki w oparciu o ww. przesłankę.

Warto odnotować jeszcze jedną okoliczność. Ponieważ w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki, wskazano, iż firma (*dane zanonimizowano*) dokonała wcześniejszego montażu folii ciekłokrystalicznej na części budynku Biblioteki,

Zamawiający został również poproszony o wyjaśnienie w jakim trybie zostało przeprowadzone ww. postępowanie, a także czy ewentualnie dokumentacja przedmiotowego postępowania zawierała zapisy o możliwości udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy. Zespół kontrolny ma bowiem świadomość, iż możliwym jest kontynuowanie „współpracy” z tym samym Wykonawcą, niemniej jednak taka możliwość winna być ujawniona w dokumentach pierwotnego postępowania, np. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W odpowiedzi Beneficjent wskazał, iż *poprzedni montaż folii ciekłokrystalicznej na części fasady wykonał Wykonawca (dane zanonimizowano), wybrany w trybie wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1. Podstawą do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki były zapisy tej samej karty gwarancyjnej wydanej przez Generalnego Wykonawcę (dane zanonimizowano). Zamawiający nie przewidywał możliwości udzielenia dotychczasowemu Wykonawcy dodatkowych dostaw.*

Na zakończenie, podkreślenia wymaga jeszcze jeden istotny aspekt, a mianowicie ten, iż działając w przedmiotowym postępowaniu w opisany powyżej sposób Beneficjent mógł ograniczyć konkurencję i spowodować potencjalną szkodę w budżecie Unii. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby do przedmiotowego zamówienia Zamawiający zastosował tryb konkurencyjny, to przystąpiłaby do niego większa liczba Wykonawców i być może złożyliby oni korzystniejsze oferty. Również Wykonawca (*dane zanonimizowano*) nie byłby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w trybie konkurencyjnym, gdyby przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Tymczasem przedmiotem negocjacji przeprowadzonych w trakcie kontrolowanego postępowania z ww. Wykonawcą w ogóle nie było wynagrodzenie za wykonanie zamówienia i de facto umowa z Wykonawcą została podpisana na identyczną kwotę, jaką Wykonawca zaproponował Zamawiającemu we wstępnej ofercie, będącej podstawą do oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia (oferta cenowa nr 11/06/25/AB z dn. 11.06.2025 r.), tj. w wysokości 1 309 177,54 zł brutto.

Podsumowując, w świetle przedstawionego stanu faktycznego i prawnego oraz na gruncie cytowanego orzecznictwa, Zespół kontrolny uznaje, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp,

uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tj. istnienie tylko jednego Wykonawcy będącego w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Kwalifikacja prawna:

- **naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp**, polegające na nieuprawnionym odstępianiu od trybów podstawowych i udzieleniu zamówienia w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek zastosowania ww. trybu (tj. braku wykazania tylko jednego Wykonawcy będącego w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze).

Powyższe naruszenie wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej wskazaną w **pozycji nr 1** dokumentu pn. *Stawki procentowe korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych stosowane w zamówieniach*, stanowiącego załącznik do *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* z dnia 04.07.2023 r., MFiPR/2021-2027/18(1), czyli tzw. *Taryfikatora*, tj. *Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu lub nieuzasadnione bezpośrednie udzielenie zamówienia (tj. niezgodna z prawem procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu)* - opis nieprawidłowości: *Dotyczy to również bezpośredniego udzielenia zamówień lub procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli nie spełniono kryteriów ich stosowania. W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje stawkę procentową korekty w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych*. Jednocześnie brak jest możliwości obniżenia stawki korekty, gdyż ww. pozycja *Taryfikatora* - za nieprawidłowość polegającą na bezpośrednim udzieleniu zamówienia lub procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli nie spełniono kryteriów ich stosowania - przewiduje stawkę korekty wyłącznie w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych, bez możliwości ich miarkowania.