

Wolna ręka we Wrocławiu, czyli
wyjątek możliwy do zastosowania
Freihändige vergabe in Wrocław.
Über einen anwendbaren ausnahmefall



Mniej lub bardziej dramatyczna walka z czasem toczy się praktycznie na wszystkich placach budowy stadionów na EURO 2012, czego ostatnim przykładem PGE Arena Gdańsk. To jednak kłopoty we Wrocławiu wywołały prawdziwe poruszenie nie tylko wśród miłośników piłki nożnej.



Wojciech Hartung

Domański Zakrzewski
Palinka sp. k.

Ein mehr oder weniger dramatischer Wettlauf gegen die Zeit findet auf praktisch allen Baustellen der, für die Fußball-EM 2012 zu errichtenden Stadien, statt. Ein Beispiel hierfür ist die PGE Arena Danzig. Es waren jedoch besonders Probleme in Wrocław, die nicht nur bei Fußballfans für ziemliche Aufregung gesorgt haben.

Wobec realnego zagrożenia braku terminowej realizacji inwestycji, w trakcie budowy stadionu zamawiający podjął decyzję o rozwiązaniu umowy z dotychczasowym wykonawcą. Zaistniała sytuacja oraz zobowiązania związane z EURO 2012 sprawiły, że zamawiający zdecydował o udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy w trybie wolnej ręki, na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 punkt 3 PZP.

W związku z wynikami kontroli postępowania, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z której wynikami nie zgodził się zamawiający, Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”), wydała uchwałę o sygnaturze KIO/KD 58/10 z dnia 6 sierpnia 2010 r.

W przytoczonej uchwale KIO uwzględniła zastrzeżenia zamawiającego i uznała, że zastosowanie procedury z wolnej ręki było w tym stanie faktycznym uzasadnione.

Opisywana sprawa zasługuje na uwagę w szczególności ze względu na precedensowy

Da die termingerechte Fertigstellung des Investitionsvorhabens reell gefährdet war, hatte sich der Auftraggeber während des Baus des Stadions entschlossen, den Vertrag mit dem bisherigen Auftragnehmer aufzulösen. Die eingetretene Situation sowie die Verpflichtungen hinsichtlich der EM 2012 haben dazu geführt, dass der Auftraggeber gemäß Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 des Vergaberechtsgesetzes den Auftrag im Wege der freihändigen Vergabe einem anderen Auftragnehmer erteilt hat.

Im Zusammenhang mit den Ergebnissen einer, vom Präsidenten des Amts für Öffentliche Aufträge durchgeführten, Verfahrenskontrolle, mit deren Ergebnissen der Auftraggeber nicht einverstanden war, hat die Landeswiderspruchskammer (poln. Krajowa Izba Odwoławcza, im Folgenden „KIO” genannt) am 6. August 2010 den Beschluss mit dem Aktenzeichen KIO/KD 58/10 gefasst.

Im genannten Beschluss hat die KIO die Einwände des Auftraggebers berücksichtigt und

anerkannt, dass die Anwendung der freihändigen Vergabe angesichts des Sachverhalts begründet war.

Der beschriebene Fall ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil der Beschluss der KIO beispiellos ist und mit der traditionellen Einordnung der freihändigen Vergabe als Verfahren, das grundsätzlich einzig und allein im Falle des Eintritts von Umständen angewendet werden kann, die sich aus einer unerwarteten und unüblichen Einwirkung von Naturkräften oder einer Naturkatastrophe ergeben, bricht.

EM 2012 als eine außergewöhnliche Situation

Eines der grundlegenden Probleme war die Antwort auf die Frage, ob die Austragung der EM 2012 die Merkmale der „Außergewöhnlichkeit“ gemäß Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 des Vergaberechtsgesetzes erfüllt.

Es scheint selbstverständlich zu sein, dass eine erst nach dem Turnier erfolgende Fertigstellung ▶

charakter uchwały KIO, która zrywa z tradycyjnym podejściem do wolnej ręki jako trybu, który może być stosowany w zasadzie tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności wynikających z niespodziewanego i niestandardowego działania sił przyrody lub związanych z katastrofą naturalną.

EURO 2012 jako wyjątkowa sytuacja

Jednym z podstawowych zagadnień była odpowiedź na pytanie, czy organizacja EURO 2012 wyczerpuje przesłankę „wyjątkowości” wskazaną w art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP.

Oczywistym wydaje się, że ukończenie inwestycji realizowanej głównie z myślą o EURO 2012 po zakończeniu turnieju mijają się z celem i wiązałyby się z daleko idącymi, negatywnymi konsekwencjami dla miasta i całego kraju.

KIO podzieliła ten tok rozumowania i stwierdziła w sposób jednoznaczny, że organizacja EURO 2012 stanowi wyjątkową sytuację. Wniosek taki został wyciągnięty z uwzględnieniem okoliczności związanych z etapem realizacji inwestycji, terminu końcowego na jej zakończenie i oddanie stadionu do użytku, ale też kosztów i utraconych korzyści, jakie ewentualnie mogłyby powstać w przypadku zaniechania kontynuacji prac lub wykonania ich po terminie. Skoro bowiem

– jak stwierdza KIO
– już wcześniej

podjęto decyzję, że wydatkowanie środków w celu organizacji EURO 2012 i zaciąganie zobowiązań wobec UEFA jest racjonalne, to obecnie, na etapie realizacji przedsięwzięcia, nie można się z takiej decyzji wycofywać, a wręcz przeciwnie, trzeba dążyć do tego, żeby dochować przyjętych już zobowiązań.

Wypowiedzenie umowy z dotychczasowym wykonawcą, jako sytuacja niemożliwa do przewidzenia i nie leżąca po stronie zamawiającego

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP, udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest możliwe tylko w sytuacji, której wystąpienie nie leży po stronie zamawiającego i której nie mógł on przewidzieć. W kontekście sprawy stadionu we Wrocławiu dyskutowane była w szczególności przewidywalność sytuacji, w której stało się konieczne rozwiązanie umowy o roboty budowlane z dotychczasowym wykonawcą. Wątpliwości

des Investitionsvorhabens, das hauptsächlich für die EM 2012 vorgesehen ist, ihr Ziel verfehlen und zu weitreichenden negativen Konsequenzen für die Stadt und das ganze Land führen würde.

Die KIO hat sich dieser Betrachtungsweise angeschlossen und eindeutig festgestellt, dass die Austragung der EM 2012 eine außergewöhnliche Situation darstellt. Diese Schlussfolgerung ergab sich unter Berücksichtigung aller Umstände hinsichtlich des Ausführungsfortschritts, des Endtermins für die Fertigstellung der Investition und der Inbetriebnahme des Stadions, aber auch der Kosten und entgangenen Vorteile, die eventuell im Falle einer unterbleibenden Fortführung der Arbeiten oder ihrer Ausführung nach Fristablauf entstehen könnten. Da nämlich, wie die KIO feststellt, schon zu einem früheren Zeitpunkt entschieden worden war, dass die Aufwendung der Mittel zum Zwecke der Veranstaltung der EM 2012 und die Eingehung der



wydają się tym bardziej zasadne, iż spory między zamawiającymi a wykonawcami, w tym także rozwiązywanie umów przez jedną lub przez drugą stronę, stały się w Polsce w ostatnich latach dość powszechne.

Należy jednak podkreślić, iż nieprzewidywalność okoliczności, powinna być

danego zjawiska może decydować jego ponadnaturalny (ponadprzewidywalny) wymiar lub charakter¹.

W sprawie stadionu we Wrocławiu KIO uznała, że wypowiedzenie każdej umowy z dotychczasowym wykonawcą, niezależnie od przyczyn takiego działania, jest sytuacją absolutnie wyjątkową.

Według Izby jednak ustalenie, czy ta wyjątkowość sytuacji nie leży po stronie zamawiającego i czy takiej sytuacji nie mógł on wcześniej przewidzieć może mieć miejsce dopiero po przeprowadzeniu postępowania sądowego i przedstawieniu materiału dowodowego przez wszystkie strony rozwiązanej umowy

o zamówienie publiczne. Ten element nie wchodzi jednakże w zakres regulacji dotyczących zamówień publicznych.

Bez względu na taki wniosek KIO pokusiła się

zawsze oceniana indywidualnie – w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. Z zaistnieniem okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć mamy bowiem do czynienia w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, a ocena nieprzewidywalności wystąpienia danego zdarzenia musi być dokonana w sposób obiektywny i w każdej sytuacji odrębnie.

O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić również wtedy, gdy mimo że dana sytuacja jest do przewidzenia, to jednak skala jej wystąpienia w konkretnym przypadku przekracza standardowy zakres. Inaczej mówiąc, o nieprzewidywalności

o analizę pewnych kwestii, które niejako decydują o istnieniu omawianej przesłanki.

Po pierwsze ustalono, że umieszczanie klauzul w umowach

Verpflichtungen gegenüber der UEFA rational sind, kann man nun – während der Umsetzung dieses Vorhabens – nicht von dieser Entscheidung Abstand nehmen, sondern muss ganz im Gegenteil darauf hinwirken, dass die bereits eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden.

Kündigung des Vertrags mit dem bisherigen Auftragnehmer als unvorhersehbare und nicht vom Auftraggeber zu vertretende Situation

Gemäß Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 des Vergaberechtsgesetzes ist die freihändige Vergabe eines Auftrags nur in einer Situation möglich, die nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist und die er nicht vorhersehen konnte. In Bezug auf den Fall des Stadions in Wrocław wurde insbesondere über die Vorhersehbarkeit der Situation diskutiert, in der es notwendig geworden ist, den Bauvertrag mit dem bisherigen Auftragnehmer aufzulösen. Zweifel scheinen besonders deshalb angebracht zu sein, weil Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern sowie auch die Auflösung von Verträgen durch die eine oder die andere Partei in den letzten Jahren in Polen an der Tagesordnung waren.

Es muss jedoch betont werden, dass die Unvorhersehbarkeit der Umstände immer individuell in Bezug auf den konkreten Sachverhalt geprüft werden muss. Umstände, die man nicht vorhersehen konnte, liegen nämlich dann vor, wenn ihr Auftreten normalerweise sehr unwahrscheinlich wäre, und die Einschätzung ihrer Unvorhersehbarkeit muss auf objektive Weise und in jeder Situation gesondert erfolgen.

Von einer Unvorhersehbarkeit bestimmter Umstände kann man auch dann sprechen, wenn die jeweilige Situation zwar vorhersehbar ist, ihr Ausmaß jedoch im konkreten Fall das übliche Maß übersteigt. Anders gesagt, können für die Unvorhersehbarkeit des jeweiligen Phänomens auch sein übernatürliches (ein über das Vorhersehbare hinausgehendes) Ausmaß oder sein Charakter entscheidend sein¹.

Im Falle des Stadions in Wrocław hat die KIO anerkannt, dass die Kündigung jedes Vertrags mit dem bisherigen Auftragnehmer, unabhängig von den Gründen für diesen Schritt, eine absolut außergewöhnliche Situation darstellt. Nach Ansicht der Kammer kann jedoch die Feststellung, ob die Außergewöhnlichkeit der Situation nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist und ob man diese Situation nicht vorhersehen konnte, erst nach der Durchführung eines Gerichtsverfahrens und der Vorlage des Beweismaterials durch alle Parteien des aufgelösten Vertrags über den öffentlichen Auftrag erfolgen. Dieses Element fällt jedoch nicht in den Regelungsbereich der Vorschriften über öffentliche Aufträge.

Unabhängig von dieser Schlussfolgerung hat die KIO gewisse Fragestellungen analysiert, die gewissermaßen entscheidend für das Vorliegen der genannten Voraussetzung sind.

Erstens wurde festgestellt, dass die Aufnahme von Vertragsklauseln über Vertragsstrafen bei einer Verspätung nicht gleichbedeutend mit einer Prognose des tatsächlichen Eintritts einer Verspätung durch den Auftraggeber ist, weil nämlich der Eintritt von Verspätungen unvorhersehbar ist. Darüber hinaus bedeutet ▶

dotyczących kar umownych za opóźnienie nie jest jednoznaczne z prognozowaniem przez zamawiającego faktycznego wystąpienia opóźnienia, bowiem zaistnienie opóźnień jest nieprzewidywalne. Dodatkowo, sytuacja, w której zamawiający podejmuje rozmowy z wykonawcą, który popadł w opóźnienie, również nie przesądza o tym, że może być to okoliczność leżąca po stronie zamawiającego, naturalnym jest bowiem próba „ratowania” inwestycji i polubownego załatwienia sprawy.

Natychmiastowość wykonania zamówienia

W uzasadnieniu uchwały KIO stwierdziła, że pojęcia „natychmiastowości wykonania zamówienia” nie można utożsamiać wyłącznie z natychmiastowym rozpoczęciem oraz natychmiastowym zakończeniem realizacji zamówienia. Nie chodzi zatem jedynie o sytuacje, w których możliwe i konieczne jest wykonanie zamówienia w bardzo krótkim czasie. KIO wskazała, że przepis ten obejmuje również takie sytuacje, w których jeśli jest określony termin końcowy realizacji inwestycji – niezmienny z przyczyn obiektywnych, którym w tym przypadku jest EURO 2012 – i znany jest cykl technologiczny jej wykonania, który, również z przyczyn obiektywnych, nie może ulec skróceniu – to realizacja takiej inwestycji nie może się rozpocząć po rozpoczęciu biegu okresu cyklu technologicznego liczonego wstecz od terminu końcowego jej ukończenia. W takim przypadku, natychmiastowość realizacji (wykonania) zamówienia powinno się utożsamiać z koniecznością natychmiastowego rozpoczęcia robót celem ich zakończenia w określonym, nieprzekraczalnym terminie.

Brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów zamówienia

W ocenie KIO nie istniała praktyczna możliwość, aby zamawiający zachował terminy określone dla innych trybów, niż tryb zamówienia z wolnej ręki... Co więcej, KIO przesądziła, że podczas szacowania długości danego postępowania przetargowego zawsze trzeba również uwzględnić możliwość wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej w postępowaniu i w żaden sposób nie można traktować takiej możliwości jako tylko „czysto hipotetycznej”. Innymi słowy, KIO potwierdziła sytuację doskonale znaną wszystkim podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych z autopsji – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trwają znacznie dłużej, niż mogłoby to wynikać z PZP.

Podsumowanie

Komentowana uchwała KIO wydana została w stosunku do konkretnego stanu faktycznego i nie powinna być traktowana jako generalna wykładnia wskazanych przepisów. Jak się jednak wydaje, niektóre z jej tez i uzasadnienia są warte uwagi.

Co jednak najistotniejsze, stanowisko KIO wydaje się jednoznacznie potwierdzać, że procedura z wolnej ręki jest wyjątkowa, ale w niektórych (wyjątkowych) przypadkach powinna być stosowana, bo po to właśnie została stworzona. ■

¹ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-525/03 przedstawiona w dniu 2 czerwca 2005 r.

die Aufnahme von Gesprächen mit dem in Verzug geratenen Auftragnehmer durch den Auftraggeber nicht unbedingt, dass es sich um einen vom Auftraggeber zu vertretenden Umstand handelt. Es ist nämlich natürlich, einen Versuch zu unternehmen, das Investitionsvorhaben „zu retten“ und die Angelegenheit einvernehmlich zu klären.

Sofortigkeit der Auftragsausführung

In der Begründung des Beschlusses hat die KIO festgestellt, dass man den Begriff der „sofortigen Auftragsausführung“ nicht ausschließlich mit dem sofortigen Beginn oder der sofortigen Beendigung der Auftragsausführung gleichsetzen kann. Es geht also nicht nur um Situationen, in denen die Auftragsausführung in sehr kurzer Zeit möglich und notwendig ist. Die KIO hat dargelegt, dass diese Vorschrift auch Situationen erfasst, in denen ein Endtermin für die Investitionsausführung besteht, der aus objektiven Gründen unveränderlich ist und bei dem es sich in diesem Fall um die EM 2012 handelt, und bei denen die technische Ausführungszeit bekannt ist, welche aus objektiven Gründen ebenfalls nicht verkürzt werden kann. Die Ausführung eines solchen Investitionsvorhabens kann daher nicht später beginnen als die technische Ausführungszeit, deren Endzeitpunkt durch den Endtermin für die Fertigstellung bestimmt wird, zu laufen beginnt. In einem solchen Fall sollte man die Sofortigkeit der Auftragsausführung mit der Notwendigkeit eines sofortigen Beginns der Arbeiten zum Zwecke ihrer Beendigung innerhalb der vorgegebenen, nicht überschreitbaren Frist, gleichsetzen.

Mangelnde Möglichkeit einer Einhaltung der für andere Vergabearten vorgesehenen Fristen

Nach Ansicht der KIO gab es im Vergleich zur freihändigen Vergabe keine praktische Möglichkeit für den Auftraggeber, die für andere Vergabearten vorgesehenen Fristen einzuhalten. Die KIO führte aus, dass bei der Schätzung der Länge des jeweiligen Ausschreibungsverfahrens immer auch die Möglichkeit einer Einlegung von Rechtsmitteln durch die Auftragnehmer im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt werden muss und dass man diese Möglichkeit auf keinen Fall als „eine rein hypothetische“ behandeln darf. Mit anderen Worten bestätigte die KIO eine allen mit öffentlichen Aufträgen befassten Rechtsträgern aus der Praxis gut bekannte Tatsache, dass Verfahren über die Erteilung eines öffentlichen Auftrags wesentlich länger dauern als im Vergaberechtsgesetz vorgesehen.

Zusammenfassung

Der kommentierte Beschluss der KIO bezieht sich auf einen konkreten Sachverhalt und darf nicht als generelle Auslegung der genannten Vorschriften verstanden werden. Es scheint jedoch, dass man manchen Thesen und Begründungen Beachtung schenken sollte. Am wichtigsten ist jedoch die eindeutige Bestätigung der KIO, dass das Verfahren einer freihändigen Vergabe außergewöhnlich ist, aber in manchen (außergewöhnlichen) Fällen angewandt werden sollte, weil es eben dafür geschaffen worden ist. ■

¹ Stellungnahme des Generalanwalts im Fall C-525/03, vorgestellt am 2. Juni 2005