

Sygn. akt KIO/KD 77/16

Sygn. akt: KIO/KD 77/16

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 2 stycznia 2017 r.

po rozpatrzeniu w Warszawie - zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, wniesionych pismem z dnia 2 grudnia 2016 roku **przez zamawiającego:** Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Jana z Kolna 8b 81-301 Gdynia **do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 listopada 2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/24(5)/16/IJ

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki **na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429**

przekazanych Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 19 grudnia 2016 roku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z nie uwzględnieniem wniesionych zastrzeżeń od wyniku kontroli

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Justyna Trojanowska
	Katarzyna Brzeska

wyraża następującą opinię:

Nie uwzględnia wniesionych zastrzeżeń co do stwierdzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszeń:

Uzasadnienie

Stan faktyczny sprawy przedstawia się następująco:

W dniu 26 czerwca 2015 r. (znak: 5592/15) Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni – zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie13429. Jako podstawę prawną zamawiający wskazał art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), dalej jako „ustawą Pzp”.

Zamawiający wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne towarzyszące zastosowaniu trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki:

„1. Roboty dodatkowe wynikają z gruntownej analizy zaprojektowanych rozwiązań i potrzeb użytkownika, tj. nowo utworzonego 18 WOG Wejherowo na bazie Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, które uległo likwidacji. Dokumentacja projektowa wykonana przez firmę TECCOM Gdańsk, na podstawie której Wykonawca realizuje zamówienie podstawowe zawiera rozwiązania funkcjonalne oraz zakres wyposażenia instalacyjnego uzgodniony z ówczesnym użytkownikiem, tj. CWT i DMW. W ocenie Dowództwa 18 WOG zaistniała konieczność częściowej rewizji rozwiązań na potrzeby administracyjno-biurowe w budynku nr 6. Potrzeby dokonania niezbędnych zmian zostały zgłoszone przez użytkownika na radach budów i korespondencji do RZI w Gdyni oraz przez Miejskiego Konserwatora Zabytków w Wejherowie, który zalecił renowację wybranych elementów architektury wewnątrz budynku nieprzewidzianych w zamówieniu podstawowym i nie ujętych w dokumentacji projektowej (wpis konserwatora zabytków do dziennika budowy).

2. Możliwość na obecnym etapie robót budowlanych wprowadzenia nieistotnych z punktu widzenia Prawa Budowlanego natomiast niezbędnych z punktu widzenia użytkownika zmian w rozkładzie i wyposażeniu niektórych pomieszczeń oraz dostosowaniu budowanych

systemów niskoprądowych do możliwej integracji z istniejącym w centrach nadzoru w szczególności (SKD, CCTV).

3. Za wprowadzeniem zmian na tym etapie realizacji zamówienia podstawowego przemawia optymalizacja kosztów przy zapewnieniu wysokich parametrów jakościowych, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i przepisami wojskowymi.

4. Ze względu na technologiczne uwarunkowania wykonywania instalacji elektrycznych i teletechnicznych układanych we wspólnych ciągach (kanały kablowe, korytka, itp.) lub podtynkowo wzajemnie połączonych w wielu punktach dystrybucji i rozdziału, nie jest możliwa oddzielna realizacja po wykonaniu robót remontowych i wykończeniowych przez innego Wykonawcę. Wykonanie dodatkowych instalacji wymagałoby częściowego zniszczenia elementów wykończeniowych i poniesienia dodatkowych środków finansowych, czego na tym etapie można uniknąć.

5. Bardzo ważnym z punktu widzenia Zamawiającego, jest również zachowanie ciągłości rękojmi i gwarancji ze strony Wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe",

Umowa podstawowa na przebudowę budynku wielofunkcyjnego nr 6 w m. Wejherowo - zadanie 13429 oraz wykonanie prac konserwatorskich została zawarta przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2013 r. z Konsorcjum firm: „Elektrobud Grudziądz” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach. W ramach realizacji prac konserwatorskich Wykonawca został zobowiązany: do opracowania programu prac konserwatorskich i uzgodnienia go z Miejskim Konserwatorem Zabytków w Wejherowie, wykonania prac konserwatorskich i zapewnienia nadzoru nad nimi oraz sprawozdania z wykonanych prac konserwatorskich do Miejskiego Konserwatora Zabytków w Wejherowie. Ponadto Wykonawca został zobowiązany do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z wykonaną dokumentacją projektową przez TECCOM Gdańsk i Pracownię usług Projektowych K. R., A. W. R.. Wartość wynagrodzenia wykonawcy została ustalona na poziomie 7.397.424,13 zł brutto, w tym za prace konserwatorskie na elewacji zewnętrznej oraz wykonanie wentylacji mechanicznej - wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 818.476,99 zł brutto, za pozostałe prace remontowo-budowlane - wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie 6.578.947,14 zł brutto. Termin realizacji zamówienia podstawowego został ustalony na 30 kwietnia 2015 r., przy czym aneksami nr 9 z dnia 15 maja 2015 r. i nr 12 z 3 grudnia 2015 r. został wydłużony odpowiednio do 20 listopada 2015 r. oraz do 30 czerwca 2016 r.

Umowa nr457/IV/FIN/2015 na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429 została zawarta w dniu 9 lipca 2015 r. z Konsorcjum firm: „Elektrobud Grudziądz” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach. Ogłoszenie o udzieleniu

zamówienia ukazało się w BZP 15 lipca 2015 r. nr 105019. Wartość umowy dodatkowej wyniosła 1.800.000,00 zł brutto, w tym wynagrodzenie ryczałtowe za prace konserwatorskie w kwocie 167.449,28 zł brutto i wynagrodzenie kosztorysowe za pozostałe roboty w kwocie 1.632.550,72 zł brutto. Termin realizacji zamówienia dodatkowego został ustalony na dzień 20 listopada 2015 r. z zastrzeżeniem, że jest on uzależniony od ostatecznego terminu zakończenia zamówienia podstawowego. W związku z wydłużeniem terminu realizacji zadania podstawowego, aneksem nr 2 z 3 grudnia 2015 r. wydłużono termin realizacji zamówienia dodatkowego do dnia 30 czerwca 2016 r.

Pismem z dnia 23 marca 2016 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające w niniejszej sprawie. Jednocześnie zwrócił się z prośbą o przesłanie przez zamawiającego informacji i dokumentów.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego przez Prezesa UZP stwierdzono następujące naruszenia:

„Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429 będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp.

Postępowanie na przebudowę budynku wielofunkcyjnego nr 6 w m. Wejherowo -zadanie 13429 oraz wykonanie prac konserwatorskich zostało przeprowadzone w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 6 sierpnia 2013 r. została zawarta umowa nr409/IV/FIN/2013 („zamówienie podstawowe”) z Konsorcjum firm: „Elektrobud Grudziądz” Sp. zo.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach. Wartość wynagrodzenia wykonawcy została ustalona na poziomie 7.397.424,13 zł brutto, w tym za prace konserwatorskie na elewacji zewnętrznej oraz wykonanie wentylacji mechanicznej - wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 818.476,99 zł brutto, za pozostałe prace remontowo-budowlane - wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie 6.578.947,14 zł brutto. Pierwotny termin realizacji zamówienia podstawowego został ustalony na 30 kwietnia 2015 r., a następnie wydłużony do 30 czerwca 2016 r.

Pismem z dnia 26 czerwca 2015 r. (znak 5592/15) Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429 w trybie z wolnej ręki poprzez wysłanie zaproszenie do negocjacji Konsorcjum firm: „Elektrobud Grudziądz” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach. W wyniku przeprowadzonego postępowania została zawarta w

dniu 9 lipca 2015 r. umowa nr 457/IV/FIN/2015 z ww. wykonawcą. Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 w/w umowy „zakres świadczenia określony został w trakcie trwania negocjacji w dniu 1 lipca 2015 r.” Z protokołu z negocjacji zatwierdzonego w dniu 9 lipca 2015 r. wynika, iż Wykonawca zadeklarował realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem umowy za kwotę 1.800.000, 00 zł brutto, w tym wynagrodzenie ryczałtowe za prace konserwatorskie w kwocie 167.449, 28 zł brutto i wynagrodzenie kosztorysowe za pozostałe roboty w kwocie 1.632.550, 72 zł brutto.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do umowy nr 457/IWFIN/2015 na roboty dodatkowe - zestawienie kosztorysów ofertowych, wartość i zakres poszczególnych prac w ramach zamówienia dodatkowego kształtowała się następująco:

1. INSTALACJE TELETECHNICZNE : instalacja kontroli dostępu, instalacja telewizji dozoru, instalacja videodomofonowa, system oddymiania, system oddymiania i przewietrzania - kosztorys nr 16/06/2015, wartość brutto - 271.207,68 zł;
2. INSTALACJE TELETECHNICZNE: przyłącze teletechniczne, okablowanie strukturalne, urządzenia aktywne sieci komputerowej, system sygnalizacji pożaru, przyłącza telefoniczne, instalacja dla projektorów- kosztorys nr 17/06/2015, wartość brutto-726.162,54 zł;
3. BRANŻA ELEKTRYCZNA - kosztorys 18/06/2015, wartość brutto - 207.114,52 zł;
4. BRANŻA SANITARNA: instalacje wod-kan, co., przyłącza wod-kan - kosztorys 19/06/2015, wartość brutto -242.116,30 zł;
5. BRANŻA BUDOWLANA - kosztorysy: 20/06/2015, 21/06/2015, 22/06/2015 23/06/2015, wartość brutto - 185.949,68 zł;
6. BRANŻA BUDOWLANA - PRACE KONSERWATORSKIE - kosztorys 24/06/2015 wartość brutto - 167.449,28 zł (wynagrodzenie ryczałtowe).

Według Zamawiającego powyższy zakres robót dodatkowych wynikał z gruntownej analizy zaprojektowanych rozwiązań, potrzeb użytkownika, tj. nowoutworzonego 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie wprowadzonego do struktur Ministerstwa Obrony Narodowej na bazie Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, które uległo likwidacji, a także zaleceń Miejskiego Konserwatora Zabytków w Wejherowie zgłoszonych w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. Dokumentacja projektowa opracowana przez konsorcjum firm TECCOM i ETA Consulting Group z Gdańska na podstawie umowy nr 1367IV/FIN/2011 z dnia 10 października 2011 r. zawierała rozwiązania funkcjonalne oraz zakres wyposażenia instalacyjnego uzgodnione z ówczesnym użytkownikiem, tj. Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej i uwzględniała „Minimalne Wojskowe Wymagania Organizacyjno - Użytkowe” zatwierdzone przez Dowódcę Marynarki

Wojennej. Zmiana użytkownika oraz zgłoszone przez niego potrzeby na etapie realizacji zamówienia podstawowego spowodowały zmianę funkcji budynku (przystosowanie pomieszczeń do celów gastronomicznych i konieczność spełnienia wymogów sanitarno-epidemiologicznych), konieczność częściowej rewizji rozwiązań na potrzeby administracyjno - biurowe, zmian w rozkładzie i wyposażeniu pomieszczeń oraz dostosowanie budowanych systemów niskoprądowych do możliwej integracji z istniejącym w centrach nadzoru.

Ponadto Zamawiający wskazał, że za udzieleniem zamówienia dodatkowego na etapie realizacji umowy podstawowej przemawiała optymalizacja kosztów przy zapewnieniu wysokich parametrów jakościowych, a także technologiczne uwarunkowania wykonywania instalacji elektrycznych i teletechnicznych układanych we wspólnych ciągach lub podtyrkowo, wzajemnie połączonych w wielu punktach dystrybucji i rozdziału. Według Zamawiającego oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wiązałoby się z częściowym zniszczeniem elementów wykończeniowych i poniesieniem dodatkowych środków finansowych. Dodatkowym elementem, istotnym z punktu widzenia Zamawiającego, była kwestia zachowania ciągłości rękojmi i gwarancji ze strony wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe.

Za realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie branży teletechnicznej i elektrycznej według Zamawiającego przemawiały:

- brak kompatybilności zaprojektowanych systemów telewizji przemysłowej, CCTV i kontroli dostępu z systemami zamontowanymi w kompleksie wojskowym Wejherowo w latach wcześniejszych i niezyskanie przez Wykonawcę realizującego zamówienie podstawowe od firm wykonujących autoryzowany serwis warunków technicznych umożliwiających prawidłową pracę nowo wybudowanych i istniejących systemów,
- wprowadzenie do użytku służbowego we wrześniu 2013 r. przez Departament Informatyki i Telekomunikacji MON „Zaleceń do projektowania i budowy sieci strukturalnych w resorcie obrony narodowej”,

W zakresie prac konserwatorskich Zamawiający wskazał, iż Miejski konserwator zabytków w Wejherowie w czasie prowadzonej kontroli i konsultacji na budowie (wpis do dziennika budowy) wniósł nowe zalecenia zwiększające zakres rzeczowy uzgodnień poczynionych na etapie przygotowywania dokumentacji. Niektóre decyzje konserwatora powstały po dokonaniu robót odkrywkowych i spowodowały powstanie nowych zaleceń co do sposobu prowadzenia prac remontowo - modernizacyjnych z zachowaniem elementów architektonicznych podlegających ochronie konserwatorskiej.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, tj. 25 czerwca 2015 r. zamawiający może zastosować tryb z wolnej

ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Tym samym, możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Jednocześnie, dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykazać, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów, natomiast dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z analizy dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania oraz z treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wynika, że w odniesieniu do robót objętych zamówieniem dodatkowym, nie wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp zostały spełnione.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. Należy stwierdzić, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli Zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez dodatkowych robót, to przy ich udzieleniu nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją, bowiem wykonanie

zamówienia dodatkowego nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie. Pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana była dążeniem Zamawiającego, a dokładniej nowego użytkownika przebudowywanego budynku - 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Wejherowo do zmiany funkcji modernizowanego budynku, poprawy parametrów technicznych remontowanego obiektu lub rozszerzeniem zakresu robót podstawowych. Zmiana systemu kontroli dostępu z Aritech na CasiRusco, wykonanie instalacji okablowania strukturalnego MILWAN i wynikające z tego kolejne roboty dodatkowe, np. zestawy zasilające informatyczne, zasilacz UPS kVA, roboty dodatkowe w branży elektrycznej związane z nowoprojektowaną kuchnią i bufetem oraz z doprowadzeniem sygnałów o stanie agregatu prądotwórczego do pomieszczenia technika dyżurnego, zmiana technologii wykonania instalacji co. i wod - kan, przerobienie drzwi z jednoskrzydłowych na dwuskrzydłowe stanowią nowe rozwiązania, ulepszające założenia zawarte w projekcie, na podstawie którego realizowane było zamówienie podstawowe lub rozszerzające zakres robót wynikający z zamówienia podstawowego w efekcie zmiany potrzeb użytkownika. Należy stwierdzić, iż zamówienie podstawowe mogło zostać ukończone bez wyżej wymienionych robót, tym samym przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego jest niemożliwa do zastosowania w przedmiotowej sytuacji.

Powyższe jest zgodne z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO/KD/46/12) w której wskazano, iż „aby wykazać zaistnienie tej przesłanki konieczne jest wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. Tym samym chodzi tu nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego, było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale aby nie mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego”.

Po drugie, w analizowanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, czyli nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez Zamawiającego. Nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Podobne stanowisko prezentuje w orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza. W uchwale z dnia 12 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 29/10) Izba wskazała, iż „immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w

przypadku, gdy Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług. Nie chodzi zatem o usługi nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale usługi niemożliwe do przewidzenia - pomimo zachowania należytej staranności".

Natomiast w uzasadnieniu udzielenia zamówień na poszczególne roboty Zamawiający wskazywał takie okoliczności jak:

1. brak kompatybilności zaprojektowanych systemów telewizji przemysłowej, CCTV i kontroli dostępu z systemami zamontowanymi w kompleksie wojskowym Wejherowo w latach wcześniejszych i niezyskanie przez Wykonawcę realizującego zamówienie podstawowe od firm wykonujących autoryzowany serwis warunków technicznych umożliwiających prawidłową pracę nowowybudowanych i istniejących systemów,
2. brak uzgodnionego z rzeczoznawcą ppoż. projektu wykonawczego i właściwych przedmiarów, co spowodowało konieczność montażu dodatkowych systemów m.in. oddymiania, napowietrzania i automatycznego otwierania drzwi w czasie pożaru,
3. różnice między projektem wykonawczym i przedmiarem robót lub specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót wynikające z niewłaściwego technologicznego wyspecyfikowania wszystkich robót w terenie oraz niezinventaryzowanej projektowo do przedmiaru właściwej ilości kabli i światłowodów - przyłącza teletechniczne, instalacja okablowania strukturalnego, instalacja połączeń wyrównawczych,
4. brak wyspecyfikowania robót w przedmiarach oraz zły stan techniczny drzwi stalowych wejściowych i okładzin na posadzce i powłok malarskich w pomieszczeniu rozdzielni - roboty dodatkowe w branży budowlanej (kosztorys 20/06/2015, 21/06/2015, 22/06/2015, 23/06/2015),
5. umożliwienie ciągłości pracy węzła OPEC w czasie okresu zimowego - roboty dodatkowe w branży sanitarnej.

W uzasadnieniu wybór trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający podniósł również, iż oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia dodatkowych kosztów, „czego na tym etapie można uniknąć”, „ze względu na technologiczne uwarunkowania instalacji elektrycznych i teletechnicznych układanych we wspólnych ciągach (...) lub podtykowo wzajemnie połączonych w wielu punktach dystrybucji i rozdziału”. Niemniej jednak Zamawiający wskazując ww. argumenty nie przedstawił, pomimo wezwania w trakcie prowadzonego postępowania kontrolnego, żadnych dowodów na tę okoliczność. W tym miejscu należy przytoczyć orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 2 grudnia 2013 r. (sygn. akt: BDF1/4900/69/73/13/RWPD-73819), w którym stwierdzono, że „zgodnie z przywołaną wyżej treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddzielenie

zamówienia musi nieść za sobą koszty "niewspółmiernie wysokie". Tym samym ustawodawca, w imię przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, dopuszcza możliwość poniesienia pewnych kosztów, a więc uznania, że realizowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym byłoby droższe, niż w ramach zamówienia dodatkowego. Ponieważ przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wymaga kosztów niewspółmiernie wysokich, ciężar ich wykazania i wyliczenia spoczywa na podmiocie, który decyduje się na zastosowanie powyższego trybu (...). Słusznie Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że w sprawie nie oszacowano żadnych kosztów/strat jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego, poprzestając na intuicyjnym stwierdzeniu, że takie oddzielenie będzie droższe i organizacyjnie trudniejsze niż realizacja zamówienia dodatkowego".

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie Prezes UZP poinformował, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający podniósł:

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni z siedzibą przy ul. Jana z Kolna 8b po zapoznaniu się z powyższą Informacją wnosi o ponowną analizę wyników kontroli doraźnej podnosząc:

błędy w ustaleniach faktycznych, które w konsekwencji doprowadziły do uznania, iż przedmiot umowy winien zostać odebrany bez dodatkowego zamówienia, a wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt a i b ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, tj. 25 czerwca 2015r. Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu Wykonawcy usług i robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczającym łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia wysokich kosztów lub wykonania zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zamawiający nie podziela poglądu wyrażonego w informacji o wyniku z kontroli, że nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność poniesienia dodatkowych kosztów. Z protokołu konieczności z dnia 26.05.2015r. wynika jednoznacznie wartość łączna robót dodatkowych, jak też wartość robót dodatkowych we wszystkich branżach. Zamawiający wykazał, że przez oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego poniósłby niewspółmierne wysokie koszty. Zamawiający podnosi, że wykazał w protokole konieczności, iż wykonanie zamówienia dodatkowego jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która miała charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikła z przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego, której Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mógł przewidzieć.

Wyjaśniając okoliczności sprawy, wskazać należy, iż na etapie realizacji zadania Wykonawca zgłaszał szereg zastrzeżeń do możliwości wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową. W początkowej fazie realizacji po wykonanych robotach rozbiórkowych i odkrywkowych, w szczególności dotyczących adaptacji pomieszczeń piwnicznych w celu uzyskania projektowanej rzędnej posadzki piwnicy, zostały odsłonięte fundamenty kamienne budynku. Na tym etapie pojawiły się rozbieżności w stosunku do założeń projektowych, które nie odzwierciedlały stanu faktycznego. Uniemożliwiło to dalszą realizację robót wzmocnienia (podbijania fundamentów) albowiem dojdź mogło do naruszenia stateczności i stabilności budynku posadowionego w technologii fundamentowania sprzed 120 lat, bez stosowania konstrukcji żelbetowej (fundament kamienny). Po zgłoszeniu tego problemu przez Wykonawcę, zamawiający zlecił ekspertyzę w celu wskazania dalszej możliwości i sposobu realizacji robót konstrukcyjnych. Wynik ekspertyzy był jednoznaczny i wskazywał na konieczność dokonania ponownej analizy obciążeń budynku i dokonania zamian projektowych w zakresie sposobu wykonania stropu budynku nad poddaszem, mającego główny wpływ na dodatkowe obciążenie istniejącej konstrukcji. Na podstawie projektu zamiennego podjęto decyzję o odstąpieniu od wzmocnienia fundamentów i zastąpieniu ciężkiego stropu żelbetowego stropem gęstożebrowym. Pierwotny zakres wzmocnienia fundamentów i wykonania ciężkiego stropu żelbetowego przewidzianego na obciążenie 500 kg na m² został ujęty w robotach zaniechanych. Koniecznym zatem, do wykonania zamówienia podstawowego było wykonanie stropu w technologii lekkiej, jako strop gęstożebrowy.

Ze względu na to, że budynek nie spełniał aktualnych wymogów ochrony przeciwpożarowej których nie ujęto w dokumentacji projektowej, zaś warunkiem koniecznym do jego odbioru i oddania do użytkowania jest ich spełnienie, niezbędnym stało się zaprojektowanie i zlecenie wykonania systemu sterowania oddymianiem w ramach zamówienia dodatkowego. Zapewnienie bezpieczeństwa pożarowego budynku zostało uzgodnione z właściwym

rzeczoznawcą do spraw przeciwpożarowych. Zatem wykonanie tego zakresu było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Jak już wskazywano wcześniej, na etapie realizacji umowy podstawowej doszło do zmiany Użytkownika. Pierwotnie zadanie realizowane było na potrzeby Centrum Wsparcia - Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, natomiast po rozpoczęciu inwestycji na etapie robót instalacyjnych sieci strukturalnych i łączności specjalnej nastąpiła - zmiana Użytkownika, którym stał się nowoutworzony 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy. Nowy Użytkownik 18 WOG wskazał, iż niezbędnym dla realizacji jego podstawowych zadań z zakresu bezpieczeństwa i ochrony informacji niejawnych, mających wpływ na bezpieczeństwo jest dostosowanie pomieszczeń do jego aktualnych potrzeb wraz z niezbędną infrastrukturą teleinformatyczną. Wykonanie robót dodatkowych związane było z koniecznością ingerencji do urządzeń aktywnych objętych zamówieniem podstawowym. W związku z tym, dokonano szczegółowej analizy i uzgodnień wymagań wojskowych, co do sposobu i technologii wykonania poszczególnych instalacji, szczególnie w zakresie łączności specjalnej oraz sieci teleinformatycznych. Technologiczne uwarunkowania wykonywania wyżej wymienionych instalacji będących w fazie realizacji we wspólnych ciągach telekomunikacyjnych w strefach przeznaczonych do zabudowy, zakrycia, wykonania robót wykończeniowych, wykonanie dodatkowego okablowania na tym etapie okazało się najbardziej racjonalne i pozwoliło zaoszczędzić środki finansowe. Gdyby nie zlecono tych robót dodatkowych to po wykonaniu zadania podstawowego, niezbędne byłoby na dotychczas wykonanych robotach, powtórne wykonywanie tożsamyh prac. Reasumując należałoby dokonać skucia większości nowych tynków, demontażu zabudów ciągów telekomunikacyjnych oraz narażono by nowo położone instalacje podtynkowe na uszkodzenia mechaniczne i utratę gwarancji. Podwójne ponoszenie kosztów na te same roboty byłoby nieekonomiczne i sprzeczne z zasadami racjonalnej gospodarki finansami publicznymi.

Ponadto istotnym elementem, który brano pod uwagę był czas realizacji inwestycji. Gdyby prace dodatkowe zlecono po odbiorze zadania podstawowego to budynek byłby wyłączony z eksploatacji na czas niezbędny do realizacji nowych zadań. Przedmiotowy budynek jest objęty nadzorem konserwatora zabytków i każde kolejne prace remontowo -budowlane wymagają uzyskania nowego pozwolenia na budowę. Z dotychczasowego doświadczenia Zmawiającego wynika, że wszczynanie ponownie procedur przetargowych, zawarcie umowy, uzyskanie dokumentów odbiorowych oraz niezbędnych uzgodnień i pozwoleń, a także realizacja zadania wyniosła by do dwóch lat.

Zgodnie z Centralnym Planem Inwestycji i Remontów Ministra Obrony Narodowej budynek miał zostać przekazany do użytkowania ostatecznie w 2016 roku. W związku z faktem, że budynek stanowi istotny element infrastruktury na potrzeby funkcjonowania logistyki 18

WOG-u, nie oddanie go w pełnej funkcjonalności do końca 2016 roku całkowicie zdeorganizowałyby pracę Użytkownika (budynek przeznaczony na 100 stanowisk służbowych), a tym samym negatywnie wpłynęło na funkcjonowanie garnizonów: Gdynia, Siemirowice, Rozewie, Hel i Wejherowo, co w konsekwencji doprowadzić by mogło do destabilizacji systemu obronności.

Oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego, mając na uwadze wyżej wskazane przyczyny techniczne i gospodarcze, pociągnęłoby za sobą nieracjonalne wydatkowanie kilkuset tysięcy złotych. Nie wykonanie robót dodatkowych równoległe z robotami podstawowymi miałyby wpływ na znaczne zawyżenie kosztów inwestycyjnych, albowiem dwukrotnie płacono by za te same czynności. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na fakt, iż wartość zamówienia dodatkowego szacowana była na poziomie cen z roku 2013 na bazie kosztorysu ofertowego. Podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający rozważał czy zasadnym byłoby odstąpienie od umowy. Jednakże wykonanie tegoż zadania leżało w szeroko pojętym interesie społecznym i przesłanek takich nie było. Na uwagę również zasługuje fakt, że zgodnie z § 10 ust. 2 umowy Nr 409/IV/FIN/203 z dnia 06.08.2013 roku, Zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność zobowiązany byłby do zapłaty Wykonawcy kary umownej w wysokości 739.742,00 zł. Zatem nie zastosowanie trybu z wolnej ręki naraziłoby Skarb Państwa na nieuzasadnione wydatki ponad miliona złotych, co w ocenie Zamawiającego byłoby niewspółmiernie wysokimi kosztami.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wnosi o ponowna analizę i uznanie, iż wybór trybu zamówienia z wolnej ręki był zasadny.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń udzielając odpowiedzi pismem z dnia 19.12.2016 roku o następującej treści.

w odpowiedzi na pismo z dnia 2 grudnia 2016 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 25 listopada 2016 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/24(5)/16/IJ), w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429 uprzejmie informuję, iż Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni - nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”). Tym samym w całości nie uwzględniam zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Odnosnie kontrolowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki ustalono następujący stan faktyczny.

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni - w dniu 6 sierpnia 2013 r. zawarł z konsorcjum przedsiębiorstw: „Elektrobud Grudziądz” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, umowę w sprawie przebudowy budynku wielofunkcyjnego nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429 oraz wykonania prac konserwatorskich (nr umowy: 409/IV/FIN/2013), w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego (dalej: „zamówienie podstawowe”).

W dniu 25 czerwca 2015 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429, poprzez przesłanie zaproszenia do negocjacji konsorcjum przedsiębiorstw: „Elektrobud Grudziądz” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRATEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i „SKAPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach. Umowa w sprawie ww. zamówienia z wolnej ręki została zawarta w dniu 9 lipca 2015 r. (umowa nr: 457/IV/FIN/2015).

W uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, Zamawiający wskazał na zmianę użytkownika budynku nr 6 w Wejherowie, którym został 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie, a co za tym idzie - zmiany potrzeb użytkownika oraz zalecenia Miejskiego Konserwatora Zabytków w Wejherowie, zgłoszone w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. Zdaniem Zamawiającego spowodowały one zmianę funkcji budynku (przystosowanie pomieszczeń do celów gastronomicznych i konieczność spełnienia wymogów sanitarno - epidemiologicznych), konieczność częściowej rewizji rozwiązań na potrzeby administracyjno - biurowe, zmian w rozkładzie i wyposażeniu pomieszczeń oraz dostosowanie budowanych systemów niskoprądowych do możliwej integracji z istniejącym w centrach nadzoru.

Zamawiający dodał, że za udzieleniem zamówienia dodatkowego na etapie realizacji umowy podstawowej przemawiała optymalizacja kosztów przy zapewnieniu wysokich parametrów jakościowych, a także technologiczne uwarunkowania wykonywania instalacji elektrycznych i teletechnicznych układanych we wspólnych ciągach lub podtynkowo, wzajemnie połączonych w wielu punktach dystrybucji i rozdziału. Według Zamawiającego oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wiązałoby się z częściowym zniszczeniem elementów wykończeniowych i wydatkowaniem dodatkowych środków finansowych. Kolejnym elementem, istotnym z punktu widzenia Zamawiającego, była kwestia zachowania ciągłości rękopisami i gwarancji ze strony Wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe.

W zakresie prac konserwatorskich Zamawiający wskazał, iż Miejski Konserwator Zabytków w Wejherowie w czasie prowadzonej kontroli i konsultacji na budowie wniósł nowe zalecenia zwiększające zakres rzeczowy uzgodnień poczynionych na etapie przygotowywania dokumentacji. Niektóre decyzje konserwatora powstały po dokonaniu robót odkrywkowych i spowodowały powstanie nowych zaleceń co do sposobu prowadzenia prac remontowo - modernizacyjnych z zachowaniem elementów architektonicznych podlegających ochronie konserwatorskiej.

Dokonując oceny przedstawionych powyżej okoliczności Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli z dnia 25 listopada 2016 r. stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, naruszając tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego przez oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego poniósłby on niewspółmiernie wysokie koszty. Dodał, że w protokole konieczności z dnia 26 maja 2015 r. wykazał, iż wykonanie zamówienia dodatkowego jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która miała charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikała z przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego, której Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mógł przewidzieć.

Zamawiający wskazał również, że w trakcie robót rozbiórkowych i odkrywkowych zostały odsłonięte fundamenty kamienne budynku i pojawiły się rozbieżności w stosunku do założeń projektowych, co uniemożliwiło dalsze realizowanie wzmocnienia fundamentów, gdyż w budynku będącym przedmiotem robót budowlanych zastosowano technologię fundamentowania sprzed 120 lat i mogłoby dojść do naruszenia jego stabilności i stateczności. Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym koniecznym stało się wykonanie stropu w technologii lekkiej, gęstożebrowej.

Zamawiający w zastrzeżeniach stwierdził, że niezbędne było zaprojektowanie i zlecenie w ramach zamówienia dodatkowego wykonania systemu sterowania oddymianiem, ponieważ budynek nie spełniał aktualnych wymogów ochrony przeciwpożarowej, których nie ujęto w dokumentacji projektowej, a których spełnienie było warunkiem koniecznym do odbioru i oddania do użytkowania tego budynku. Dlatego też - zdaniem Zamawiającego - wykonanie robót w tym zakresie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Zamawiający wskazał w zastrzeżeniach, że w związku ze zmianą użytkownika budynku w trakcie realizacji zamówienia podstawowego na 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, niezbędne stało się wykonanie robót dodatkowych, umożliwiających nowemu użytkownikowi

realizację jego zadań z zakresu bezpieczeństwa i ochrony informacji niejawnych. Zamawiający dokonał szczegółowej analizy i uzgodnień wymagań wojskowych, co do sposobu i technologii wykonania poszczególnych instalacji, w szczególności w zakresie łączności specjalnej oraz sieci teleinformatycznych. Zdaniem Zamawiającego, realizacja robót dodatkowych we wskazanym zakresie po zakończeniu robót podstawowych prowadziłaby do konieczności skucia większości nowych tynków, demontażu zabudowy ciągów telekomunikacyjnych, naraziłaby nowo położone instalacje podtynkowe na uszkodzenia mechaniczne i utratę gwarancji oraz spowodowałaby podwójne ponoszenie kosztów za te same roboty, co byłoby nieekonomiczne i sprzeczne z zasadami racjonalnej gospodarki finansami publicznymi.

Zamawiający wskazał również czas realizacji inwestycji jako istotny czynnik uzasadniający możliwość zlecenia robót dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp. Jego zdaniem, zlecenie prac dodatkowych po odbiorze budynku po zakończeniu zadania podstawowego spowodowałyby jego wyłączenie z eksploatacji na czas niezbędny do zrealizowania nowych zadań. Zamawiający podnosił, że każde kolejne prace w tym zakresie wymagają uzyskania nowego pozwolenia na budowę, ponieważ przedmiotowy budynek jest objęty nadzorem konserwatora zabytków.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni - nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia obejmującego wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie - zadanie 13429.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp (w brzmieniu na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania) Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu Wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z treści cytowanego art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp wynika, iż zamówienie dodatkowe musi być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie zamówienie podstawowe mogło być bez przeszkód zrealizowane w sposób prawidłowy w zakresie przewidzianym w umowie podstawowej, bez przeprowadzenia dodatkowych robót.

Pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana była dążeniem Zamawiającego, a dokładniej nowego użytkownika przebudowywanego budynku - 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie - do zmiany funkcji modernizowanego budynku. Powyższe potwierdził również sam Zamawiający wskazując, iż dokumentacja projektowa wykonana przez firmę Teccom Gdańsk, na podstawie której Wykonawca realizuje zamówienie podstawowe zawiera rozwiązania funkcjonalne oraz zakres wyposażenia instalacyjnego uzgodniony z ówczesnym użytkownikiem, tj. Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowództwa Marynarki Wojennej, które uległo likwidacji. W ocenie Dowództwa 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego zaistniała konieczność częściowej rewizji rozwiązań na potrzeby administracyjno - biurowe w budynku nr 6.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego, dotyczących znacznego wydłużenia się czasu realizacji inwestycji oraz uzyskania nowego pozwolenia na budowę należy stwierdzić, że elementy te mają charakter jedynie organizacyjny i nie prowadzą do sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego byłyby niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 maja 2012 r. stwierdziła, że aby wykazać zaistnienie przesłanki „zamówienia dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego” konieczne jest wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. Tym samym chodzi nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego, było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale aby nie mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego.

W niniejszej sprawie nie mieliśmy również do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Należy wskazać, iż Zamawiający realizując niniejszą inwestycję - zamówienie podstawowe miał świadomość specyfiki modernizowanego budynku - obiektu wybudowanego ponad sto lat temu. Miał zatem świadomość istnienia dodatkowych obowiązków i ograniczeń wynikających z remontu takiego budynku. Tym samym, powoływanie się przez Zamawiającego na etapie zastrzeżeń na argument dotyczący zastosowanej w budynku, będącym przedmiotem zamówienia, technologii fundamentowania sprzed 120 lat jako okoliczności niemożliwej do przewidzenia nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, iż również argument Zamawiającego dotyczący konieczności zaprojektowania i zlecenia w ramach zamówienia dodatkowego wykonania systemu sterowania oddymianiem, na skutek niespełniania przez budynek aktualnych wymogów ochrony przeciwpożarowej, których nie ujęto w dokumentacji projektowej nie jest zasadny w kontekście spełnienia przesłanki zaistnienia sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Po pierwsze, to Zamawiający opracowuje opis przedmiotu zamówienia i poprzez zawarte w nim

informacje określa swoje wymagania i oczekiwania względem końcowego efektu zamówienia. Po drugie, na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji sporządzonej dokumentacji projektowej. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 29 maja 2014 r. (sygn. III SA/Łd 332/14), gdzie sąd, odnosząc się do przesłanek udzielania zamówień dodatkowych wskazał, że o tym, czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. (...) Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 kwietnia 2013 r. (KIO/KD 20/15) stwierdziła, że trafnie kontrolujący podniósł, że to Zamawiający w pełni odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, toteż bez znaczenia dla oceny zasadności późniejszego zastosowania zamówienia z wolnej ręki pozostają błędy i przyjęte przez projektanta rozwiązania, o ile z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa oraz technologii wykonania robót nie może ich zakwalifikować jako obiektywnych.

Nie sposób też zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że z przyczyn gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Przesłanka ta odnosi się bowiem do porównania kosztów oddzielenia prac, w sytuacji, gdyby dodatkowe prace okazały się niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W przedmiotowej sprawie jak wyżej już wskazano nie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją.

Należy również zauważyć, że Zamawiający przyznał, iż rozważał odstąpienie od umowy na wykonanie zamówienia podstawowego, jednak nie dokonał tego ze względu na grożącą mu karę umowną w wysokości 739.742,00 zł. Argumentowanie udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp możliwym zobowiązaniem Zamawiającego do zapłaty kary umownej jest nieuzasadnione. Postanowienia dotyczące kary umownej wynikają z umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą zamówienia podstawowego, na kształt których Zamawiający miał istotny wpływ. Nic nie stało na przeszkodzie, by strony umowy uregulowały poruszaną kwestię w sposób odmienny.

Udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp nie uzasadnia również powoływanie się przez Zamawiającego na

zachowanie ciągłości gwarancji ze strony Wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe w przypadku, gdy zamówienie dodatkowe udzielone zostanie właśnie temu Wykonawcy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym, nie ma przeszkód, aby w zawieranej umowie o zamówienie publiczne tak określono warunki gwarancji, by czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Powyższe potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO/KD 81/11).

Reasumując stwierdzić należy, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismo zawiera informacje, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuję ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie zastrzeżeń wyraża, w formie uchwały, opinię w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Stanowisko Izby

Izba dokonując oceny zgłoszonych przez Zamawiającego w dniu 02.12.2016 r. zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli doraźnej na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału oraz Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, a także udzielonej odpowiedzi przez Prezesa Urzędu w dniu 19.12.2016 r. w trybie art.167 ust.2 ustawy Pzp nie znajduje podstaw formalnych i prawnych do uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń przez Zamawiającego.

Niniejszym Izba stwierdza prawidłowość dokonanej oceny stanu formalnego i prawnego badanego postępowania przez Prezesa Urzędu, na wykonanie dodatkowych robót budowlanych w budynku nr 6 w Wejherowie –zadanie 13429, co do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art.67 ust.1 pkt 5 lit.a) i b) ustawy pzp.

Sygn. akt KIO/KD 77/16

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie z art.167 ust.3 i 4 ustawy Pzp wyraża opinię, jak wyżej nie uwzględniając zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....