

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 listopada 2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia **5 listopada 2014 r.** zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Bydgoszczy, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 54

dotyczących Informacji o wynikach kontroli doraźnej z dnia **23 października 2014 r., znak: UZP/DKD/KND/23/14** w przedmiocie zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 67. ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tekst jednolity z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Bydgoszczy, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 54, zgłoszonych pismem z dnia 5 listopada 2014 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy, wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 października 2014r., znak: UZP/DKD/KND/23/14.

Uzasadnienie

W dniu 4 września 2014r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej kontrolujący lub Prezes UZP) wszczął na wniosek kontrolę doraźną zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na wykonaniu robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy wszczętego przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Bydgoszczy, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 54 w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy o wartości 481 049, 41zł. netto.

W toku postępowania kontrolnego kontrolujący ustalił następujący stan faktyczny :

Kontrola została zainicjowana wnioskiem z 6 grudnia 2013 r., zawierającym kopię powiadomienia złożonego w Prokuraturze Rejonowej Bydgoszcz-Północ, dotyczącym nieprawidłowości przy udzieleniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL S.A. zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W dniu 8 stycznia 2010 r. Zamawiający zawarł po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 2009/PN/4 w trybie przetargu nieograniczonego z Przedsiębiorstwem Budowlano - Usługowym BUDOPOL S.A. umowę nr 2/2010, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie budynku administracyjnego WORD o budynek egzaminacyjny oraz roboty rozbiórkowe. W toku realizacji przedmiotowej umowy Zamawiający uznał, że z uwagi na poniżej wskazane okoliczności, należało udzielić wykonawcy zamówienia podstawowego zamówienia na roboty dodatkowe.

W wyjaśnieniach z dnia 3 stycznia 2014 r. Zamawiający wskazał, że udzielenie zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy w trybie niekonkurencyjnym, spowodowane było wystąpieniem w toku realizacji zamówienia objętego umową nr 2/2010 przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które nie mogły być przewidziane na etapie przygotowania postępowania. Ujawnione zostały wady projektów, na podstawie których wykonywane były prace w ramach wcześniej zawartej umowy z wykonawcą Przedsiębiorstwem Budowlano - Usługowym BUDOPOL S.A., które powodowały konieczność dokonania zmian projektowych dotyczących realizowanych prac, a nie mogły zostać wprowadzone w formie robót zamiennych. Zdaniem zamawiającego konieczne było równoczesne i dotyczące tożsamego zakresu robót wykonywanie robót objętych pierwotnym zamówieniem i zamówieniem na roboty dodatkowe, a zatem niemożliwe i niecelowe było zlecenie prac nowemu wykonawcy, który zmuszony

byłby zorganizować zaplecze wykonywania robót, paraliżując jednocześnie możliwość egzaminowania na prawo jazdy, a także powodowałoby to równoczesne wykonywanie komplementarnych, zazębiających się prac przez różnych wykonawców, co groziło utrudnieniami w ustaleniu odpowiedzialności za potencjalne wady, czy też konfliktem wykonawców, który opóźniłby prace i miałby negatywny wpływ na ich jakość. Zdaniem Zamawiającego roboty wykonywane w ramach obu umów, dotyczyły prac pozostających w ścisłym związku technicznym i technologicznym i niekiedy wynikającym z siebie. Zamawiający wskazał, że to nie faktyczny monopol wykonawcy, ale obiektywne przyczyny techniczne i związana z nimi chęć zapewnienia należytego wydatkowania środków publicznych oraz uzyskanie optymalnego efektu ich wydatkowania stały się przyczyną skorzystania z trybu z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił także, że nie miał możliwości przewidzenia wystąpienia określonych wad projektowych na etapie przygotowania postępowania, bowiem zostały one ujawnione w toku wykonywania projektu, a dodatkowo wynikały z ujawnionych w toku wykonywanych robót uwarunkowań technicznych.

Ponadto Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2014 r. wskazał, iż zgodnie z treścią art. 20 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i 4 ustawy Prawo budowlane, obowiązek prawidłowego sporządzenia projektu z zasadami wiedzy technicznej oraz przepisami, jak i sprawdzenie projektu obciąża projektanta.

Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający wyjaśnił, iż zmiany dokonywane na żądanie Zamawiającego przez wykonawcę projektu, dotyczyły dostosowania projektu do niektórych wymogów technicznych, bądź też zapewnienia spełnienia wymogów i potrzeb funkcjonalnych Zamawiającego. Zmiany tak w projekcie, jak i zakresie robót, zmierzały do zapewnienia osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego efektów, przy zachowaniu celowości i efektywności wydatkowanych środków finansowych.

W dniu 24 sierpnia 2010 r. strony sporządziły protokół konieczności, w którym zawarto, iż występuje konieczność wykonania robót zamiennych bądź zaniechania wykonania następujących prac: „Zmiany pokrycia dachowego z papy asfaltowej na lepiku (określonej przez projektanta) na papę termozgrzewalną z dwóch warstw - podkładowej i nawierzchniowej. Jednocześnie zmiany wymaga odwrócenie położenia warstw izolacyjnych pod izolację z papy. Jako izolację należy zastosować styropian z przyklejoną dodatkową warstwą papy. W obrębie istniejącego budynku należy zastosować wełnę mineralną ze względów bezpieczeństwa pożarowego. Rezygnuje się z warstwy kamienia na wierzchu pokrycia.” Wartość ww. prac wg umowy wyniosła 30 700,23 zł, zaś wartość prac zamiennych to 30 679,07 zł.

W dniu 24 listopada 2010 r. strony sporządziły kolejny protokół konieczności, w którym stwierdzono konieczność dokonania „Zamiany koloru szkła fasadowego niebieskiego na grafitowy oraz wykonania zmian w zakresie przezierności elementów.” Wartość prac wg umowy wynosiła 20 174,91 zł, zaś wartość prac zamiennych to 20 147,79 zł.

W dniu 28 lutego 2011 r. strony zawarły aneks nr 3 do umowy 02/2010, w którym wskazano, iż w związku ze zmianą pokrycia dachu oraz przeszklenia budynku do § 2 umowy dodaje się ust. 2a o następującej treści: „Roboty budowlane polegające na oszkleniu budynku egzaminacyjnego oraz pokrycia jego dachu, o których stanowią ust. 1 i 2 podlegać będą zamiennemu wykonaniu zgodnie z Protokołem konieczności na roboty zamienne z dnia 24 sierpnia 2010 r. oraz Protokołem konieczności na roboty zamienne z dnia 24 listopada 2010 r. stanowiącymi załącznik do umowy”. Ponadto ustalono, iż do § 7 umowy dodaje się ust. 1a o następującym brzmieniu: „Łączne wynagrodzenie netto Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, ulega obniżeniu o kwotę 48,28 zł (słownie: czterdzieści osiem i 28/100 złotych) netto zgodnie z protokołami konieczności, o których mowa w § 2 ust. 2a umowy i postanowieniem § 2 ust. 2a umowy.”

W dniu 28 lutego 2011 r. strony zawarły aneks nr 4 do umowy nr 02/2010, w którym wskazano, iż w związku z wyłączeniem zadań do wykonania zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 3 umowy do § 2 umowy dodaje się ust. 2b o następującej treści: „Roboty polegające na wykonaniu schodów przeciwpożarowych, ociepleniu budynku styropianem, przebudowie pokoju w budynku administracyjnym, okryciu ścian panelami Formica w ciągu komunikacyjnym na piętrze, wykonaniu białego montażu w łazienkach, wykonaniu wyłącznika przeciwpożarowego, wykonaniu oświetlenia na fasadzie budynku, montażu kanału instalacyjnego z PCV sieci strukturalnej, montażu drzwi wejścia głównego, montażu stolarki drzwiowej wewnętrznej i dostawie mebli, o których stanowi ust. 1 i 2 podlegają wyłączeniu z zakresu robót do wykonania”. Ponadto strony ustaliły, że do § 7 umowy dodaje się ust. 1b o następującym brzmieniu: „Łączne wynagrodzenie netto wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, ulega obniżeniu o kwotę 131.049,41 zł (słownie: sto trzydzieści jeden tysięcy czterdzieści dziewięć i 41/100 złotych) zgodnie z kosztorysami ofertowymi stanowiącymi załącznik do umowy”.

W tym miejscu kontrolujący wskazał, iż Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2014 r. wskazał, że roboty usunięte z umowy pierwotnej nie były następnie jako prace tożsame zamawiane w ramach robót dodatkowych. Zauważył, że powyższe wyjaśnienie nie

znajduje potwierdzenia w zgromadzonej dokumentacji, bowiem część prac wyłączonych z umowy pierwotnej, tj. nr 02/2010 wchodziła następnie w zakres prac wykonanych na podstawie umowy nr 6/2011.

Jak wynika z dostarczonej dokumentacji, Zamawiający w dniu 7 stycznia 2011 r. skierował do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL S.A. zaproszenie do negocjacji w sprawie zamówienia dodatkowego w stosunku do zamówienia 2009/PN/4, które miały się odbyć w siedzibie Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2011 r. o godz. 13:00. W dniu 10 stycznia 2011 r. Zamawiający wskazał, iż w związku z brakiem możliwości przeprowadzenia negocjacji w tym terminie, w najbliższym czasie wyznaczy nowy termin. Pismem z dnia 13 stycznia 2011 r. Zamawiający wskazał nowy termin negocjacji, tj. 20 stycznia 2011 r. o godz. 12:00, w siedzibie WORD. W dniu 3 lutego 2011 r. Zamawiający przesłał do ww. wykonawcy pismo, w którym wskazał zakres robót będących przedmiotem uzgodnień pomiędzy stronami. Następnie w dniu 17 lutego 2011 r. Zamawiający przesłał kolejne zaproszenie do przeprowadzenia negocjacji w sprawie zamówienia z wolnej ręki nr 2011/WR/01 w dniu 22 lutego 2011 r. o godz. 12:00 w siedzibie WORD. W dniu 22 lutego 2011 r. strony podpisały Protokół z negocjacji, w którym ustalono, że cena netto wykonywanych prac wynosić będzie 481.049, 41 zł.

W dniu 3 marca 2011 r. Zamawiający w wyniku negocjacji z jednym wykonawcą, tj. Przedsiębiorstwem Budowlano - Usługowym BUDOPOL S.A. zawarł umowę nr 6/2011 na kwotę 481.049,41 zł netto. W dniu 27 maja 2011 r. strony zawarły protokół konieczności, w którym stwierdzono konieczność wykonania robót dodatkowych bądź zaniechania wykonania następujących prac: zmiana usytuowania ścianki wydzielającej pomieszczenie 2.14 poprzez rozbiórkę istniejącej ścianki i pomurowanie nowej; obmurowanie i ocieplenie kominów wentylacyjnych powyżej powierzchni dachu; wykonanie schodów terenowych od strony wschodniej i północnej; rezygnacja z zamontowania drzwi D-104 oraz D-122. Strony zaniechały sporządzenia aneksu dla wykonania ww. prac, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 12 września 2014 r. Zamawiający sfinansował wykonanie robót koniecznych do prawidłowego wykonania budynku zgodnie z opisem zawartym w ww. protokole bez dopłaty 0,16 zł, wynikającej z różnicy wartości pomiędzy robotami dodatkowymi a zaniechanymi. Ponadto przedmiotowa umowa została w dniu 27 czerwca 2011 r. zmieniona aneksem, w którym strony obniżyły cenę wskazaną w ww. umowie o 21.637,51 zł netto w związku z zamiennym wykonaniem zabezpieczenia przeciwpożarowego.

W dniu 3 marca 2011 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe

BUDOPOL S.A. złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Przedmiotem umowy było wykonanie następujących robót dodatkowych:

1. klatki schodowej zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W.;
2. ociepleniu budynku wełną mineralną z welonem szklanym;
3. otynkowaniu i pomalowaniu w ciągu komunikacyjnym 1. piętra budynku zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W.;
4. przesunięciu otworu drzwiowego i wykonaniu ścianki działowej w sali szkoleń BRD na 1. piętrze budynku zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W.;
5. montażu stolarki drzwiowej z elektrozaczepami;
6. montażu rozsuwanych automatycznie drzwi wejścia głównego;
7. montażu wkładek kauczukowo-dywanowych w wejściu głównym;
8. zabudowaniu płytami gipsowo-kartonowymi kanałów wentylacyjnych i teletechnicznych;
9. zabudowie elementów nieprzeziernych stolarki okiennej płytami gipsowo-kartonowymi;
10. zabudowie filara o przekroju okrągłym na parterze płytami Formica w celu uzyskania przekroju kwadratowego;
11. białym montażu w łazienkach budynku egzaminacyjnego wg ustaleń z narady koordynacyjnej z dnia 01.02.2011 r.;
12. montażu kurtyny powietrznej w wejściu głównym;
13. przesunięciu grzejników w pomieszczeniu koordynatora egzaminów;
14. instalacji wodnej pod automaty do kawy;
15. montażu wyłącznika pożarowego;
16. dodatkowym uzbrojeniu teletechnicznym i elektrycznym budynku;
17. montażu agregatu wody lodowej na dachu;
18. naprawie zniszczonej nawierzchni asfaltowej;
19. wykończeniu podłogi sali szkoleń BRD z materiału wg projektu firmy ABM A.B.M. S.C. z uwzględnieniem wzoru podłogi z projektu zamiennego arch. E.W..

Aneksem z dnia 27 czerwca 2011 r. wykonawca zobowiązany został do wykonania zamiennie naświetla o odporności EI30 w pokoju omawiania egzaminów budynku egzaminacyjnego w miejsce kurtyn przeciwpożarowych w niniejszym pokoju oraz poczekalni pracowni psychologicznej na pierwszym piętrze budynku egzaminacyjnego.

Kierownikiem Zamawiającego w momencie udzielania przedmiotowego zamówienia był Pan T. K. , który złożył w dniu 22 lutego 2011 r. oświadczenie określone w art. 17 ust. 2

ustawy.

Komisja przetargowa została powołana na podstawie Zarządzenia Nr 8/07 Dyrektora Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Bydgoszczy z dnia 10 sierpnia 2007 r. w sprawie powołania stałej komisji do przygotowania i prowadzenia postępowania przetargowego o zamówienia publiczne. W skład komisji wchodził: T. B. - Przewodniczący, I.C. - Członek oraz A.L. – Sekretarz. Ww. osoby w dniu 22 lutego 2011 r. złożyły oświadczenie na druku ZP-1, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy.

W dniu 11 stycznia 2011 r. w postępowaniu został powołany biegły ds. budownictwa Pan B.S., który w dniu 22 lutego 2011 r. złożył oświadczenie na druku ZP-1, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy.

W dniu 13 grudnia 2013 r. Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające w przedmiotowej sprawie, zaś w dniu 4 września 2014 r. została wszczęta kontrola doraźna przedmiotowego postępowania.

W dniu 23 października 2014r. Prezes UZP poinformował zamawiającego o wyniku kontroli doraźnej wskazując na stwierdzone przez siebie naruszenia:

Podstawą faktyczną stwierdzonych naruszeń było udzielenie przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2011 r. zamówienia dodatkowego pn.: *„Wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy”*, obejmującego m.in. wykonanie klatki schodowej, ocieplenie budynku wełną mineralną z welonem szklanym, dodatkowym uzbrojeniu teletechnicznym i elektrycznym budynku. Jako podstawę prawną udzielenia przedmiotowego zamówienia Zamawiający wskazał art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm., stan prawny na datę udzielenia zamówienia, obecnie tekst jednolity z 2013r. poz. 907 ze zm. przy czym kontrolujący odnosi stwierdzone naruszenia do stanu prawnego na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia) zwanej dalej „ustawą”.

W wyjaśnieniach z dnia 3 stycznia 2014 r. Zamawiający wskazał, że udzielił zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy w trybie niekonkurencyjnym, z powodu wystąpienia w toku realizacji zamówienia objętego umową nr 2/2010 (zawartą w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 8 stycznia 2010 r.) przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które nie mogły być przewidziane na etapie przygotowania postępowania. Ujawnione zostały wady projektów, na

podstawie których wykonywane były prace w ramach wcześniej zawartej umowy, które powodowały konieczność dokonania zmian projektowych dotyczących realizowanych prac, a nie mogły zostać wprowadzone w formie robót zamiennych. Zdaniem Zamawiającego konieczne było równoczesne i dotyczące tożsamego zakresu robót wykonywanie robót objętych pierwotnym zamówieniem i zamówieniem na roboty dodatkowe, zatem niemożliwe i niecelowe było zlecenie prac nowemu wykonawcy, który zmuszony byłby zorganizować zaplecze wykonywania robót, paraliżując jednocześnie możliwość egzaminowania na prawo jazdy, a także powodowałoby to równoczesne wykonywanie komplementarnych, zazębiających się prac przez różnych wykonawców, co groziło utrudnieniami w ustaleniu odpowiedzialności za potencjalne wady, czy też konfliktem wykonawców, który opóźniłby prace i miałby negatywny wpływ na ich jakość. Zdaniem Zamawiającego roboty wykonywane w ramach obu umów, dotyczyły prac pozostających w ścisłym związku technicznym i technologicznym i niekiedy wynikającym z siebie. Zamawiający wskazał, że to nie faktyczny monopol wykonawcy, ale obiektywne przyczyny techniczne i związana z nimi chęć zapewnienia należytego wydatkowania środków publicznych oraz uzyskanie optymalnego efektu ich wydatkowania stały się przyczyną skorzystania z trybu z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił także, że nie miał możliwości przewidzenia wystąpienia określonych wad projektowych na etapie przygotowania postępowania, bowiem zostały one ujawnione w trakcie wykonywania projektu, a dodatkowo wynikały z ujawnionych w toku wykonywanych robót uwarunkowań technicznych.

Ponadto Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2014 r. wskazał, iż zgodnie z treścią art. 20 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i 4 ustawy Prawo budowlane, obowiązek prawidłowego sporządzenia projektu z zasadami wiedzy technicznej oraz przepisami, jak i sprawdzenie projektu obciąża projektanta.

Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający wyjaśnił, iż zmiany dokonywane na żądanie Zamawiającego przez wykonawcę projektu, dotyczyły dostosowania projektu do niektórych wymogów technicznych, bądź też zapewnienia spełnienia wymogów i potrzeb funkcjonalnych Zamawiającego. Zmiany tak w projekcie, jak i zakresie robót, zmierzały do zapewnienia osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego efektów, przy zachowaniu celowości i efektywności wydatkowanych środków finansowych.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego z uwagi na fakt, iż prace objęte zamówieniem robót dodatkowych były pracami wynikającymi z prac wykonywanych na podstawie zamówienia podstawowego i nierozdzielnie z nimi związane, jedynym rozwiązaniem gwarantującym gospodarne i celowe wydatkowanie środków publicznych z zachowaniem

pełni uprawnień Zamawiającego jako korzystającego z rękojmi i gwarancji, było zamówienie tych prac u wykonawcy, który wykonywał prace podstawowe, zaś podstawą prawną działania Zamawiającego był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Na wstępie kontrolujący wskazał, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy wynika, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych odnoszących się do przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe.

Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na np. szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie.

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne

jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

Z analizy dostarczonej dokumentacji i wyjaśnień Zamawiającego w ocenie kontrolującego wynika, iż prace obejmujące roboty dodatkowe miały być prowadzone z przyczyn funkcjonalnych, estetycznych i finansowych.

Charakter estetyczny miały następujące prace dodatkowe:

- montaż wkładek kauczukowo-dywanowych w wejściu głównym;
- zabudowa filara o przekroju okrągłym na parterze płytami Formica w celu uzyskania przekroju kwadratowego;
- biały montaż w łazienkach budynku egzaminacyjnego wg ustaleń z narady koordynacyjnej z dnia 01.02.2011 r.;
- zabudowanie płytami gipsowo-kartonowymi kanałów wentylacyjnych i teletechnicznych.

Charakter zmian funkcjonalnych, a więc mających na celu zapewnienie komfortu, użyteczności i wygody przy korzystaniu z budynku miały następujące prace:

- wykonanie klatki schodowej zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W.;
- ocieplenie budynku wełną mineralną z welonem szklanym;
- przesunięcie otworu drzwiowego i wykonanie ścianki działowej w sali szkoleń BRD na 1. piętrze budynku zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W.;
- montaż stolarki drzwiowej z elektrozaczepami;
- montaż rozsuwanych automatycznie drzwi wejścia głównego;
- zabudowa elementów nieprzeziernych stolarki okiennej płytami gipsowo-kartonowymi;
- montaż kurtyny powietrznej w wejściu głównym;
- przesunięcie grzejników w pomieszczeniu koordynatora egzaminów;
- instalacja wodna pod automaty do kawy;
- montaż wyłącznika pożarowego;
- dodatkowe uzbrojenie teletechniczne i elektryczne budynku;
- montaż agregatu wody lodowej na dachu;
- wykończenie podłogi sali szkoleń BRD z materiału wg projektu firmy ABM S.C. z

uwzględnieniem wzoru podłogi z projektu zamiennego arch. E.W.;

- wykonania zamiennie naświetla o odporności EI30 w pokoju omawiania egzaminów budynku egzaminacyjnego w miejsce kurtyn przeciwpożarowych w niniejszym pokoju oraz poczekalni pracowni psychologicznej na pierwszym piętrze budynku egzaminacyjnego.

Charakter ekonomiczny – mający na celu obniżenie kosztów - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego miało otynkowanie i pomalowanie w ciągu komunikacyjnym 1. piętra budynku zgodnie z projektem zamiennym autorstwa arch. E.W..

Powyższa analiza zdaniem kontrolującego potwierdza, iż prace wykonywane w ramach zamówienia dodatkowego nie wynikały z wad technicznych projektu, którego treść w tym zakresie była znana Zamawiającemu przed rozpoczęciem prac, a były spowodowane przyczynami estetycznymi, funkcjonalnymi oraz finansowymi.

Zamawiający wskazując jako podstawę udzielenia przedmiotowego zamówienia art. 67 ust. 1 pkt a) ustawy nie podał, zdaniem kontrolującego, żadnych obiektywnych, weryfikowalnych okoliczności, które można by uznać za uzasadnienie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki. Argumenty podane przez Zamawiającego wskazują, iż dokonując wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający kierował się wyłącznie wewnętrznym przekonaniem, że jedynie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL S.A. zrealizuje zamówienie dodatkowe w sposób sprawny, bezkonfliktowy i należyty. Ponadto zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający nie wykazał istnienia ścisłego związku technicznego i technologicznego prac zleconych w ramach umowy podstawowej oraz umowy na roboty dodatkowe powodującego, że ich wykonanie możliwe było jedynie przez jednego wykonawcę. Również analiza rodzaju i zakresu prac dodatkowych oraz stopnia ich skomplikowania nie wskazuje, by jedynym podmiotem zdolnym do ich wykonania był wykonawca zamówienia podstawowego.

Jednocześnie kontrolujący uznał, że przywołana przez Zamawiającego okoliczność istnienia gwarancji/rękojmi, na którą Zamawiający wskazywał zarówno w wyjaśnieniach, jak i w protokole postępowania, która miała swoje źródło w czynności Zamawiającego jaką było zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego o określonej treści, nie może być uznana za uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach niniejszej sprawy. Zauważył bowiem, że działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, zaś umowna (kontraktowa) ochrona interesów Zamawiającego, w tym przypadku wynikająca z gwarancji, w żadnym przypadku nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kontrolujący odnosząc się do powoływanej przez Zamawiającego podstawy prawnej udzielenia zamówienia dodatkowego wyjaśnić należy, że zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy, zamówienia dodatkowe mogą być udzielone w trybie z wolnej ręki, tylko w przypadku, gdy łącznie zaistnieją następujące przesłanki:

- zamówienie dodatkowe zostanie udzielone dotychczasowemu wykonawcy;
- zamówienie dodatkowe dotyczy usług lub robót budowlanych;
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym;
- zamówienie dodatkowe nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia (czyli wartości umowy zawartej z wykonawcą zamówienia podstawowego);
- zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia oraz jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Prezes UZP wskazał zatem, że wykonanie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego. Udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, natomiast nie mogą służyć jedynie poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego, czy też rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować. Jednocześnie konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania postępowania przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności. A zatem konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być obiektywnie nieprzewidywalna przed udzieleniem zamówienia podstawowego. Należy podkreślić, że nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego procesu inwestycyjnego. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek jego zaniechań, czy też zaniedbań powstaje konieczność wykonania zakresu zamówienia innego, niż pierwotnie zakładany.

W tym miejscu kontrolujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, prace zlecone wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL S.A. uzasadnione były względami funkcjonalnymi, estetycznymi i finansowymi które sprawiły, że

w wyniku zmiany pierwotnej koncepcji zostało udzielone zamówienie dodatkowe. Mając na uwadze, że inwestycja mogła zostać zrealizowana zgodnie z pierwotnymi założeniami przyjętymi na etapie udzielenia zamówienia podstawowego, w konsekwencji nie można przyjąć, że jego wykonanie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Ponadto w analizowanym stanie faktycznym, zdaniem kontrolującego, nie mamy do czynienia z zamówieniem, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Zakres udzielonego zamówienia wskazuje, że w niniejszej sprawie przyczyną udzielenia zamówienia dodatkowego jest zmiana koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez Zamawiającego w toku jej wykonywania. Fakt, iż Zamawiający nie przewidział konieczności wykonania robót objętych zamówieniem dodatkowym na etapie zamówienia podstawowego, nie świadczy o tym, że roboty te nie były możliwe do przewidzenia. Ponadto kontrolujący podkreślił, iż pierwotny projekt inwestycji był znany Zamawiającemu, który przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym mógł zgłosić swoje uwagi/zastrzeżenia autorowi tego projektu, zamiast podnosić wady projektu na etapie jego realizacji. Tym samym Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL S.A. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy w sposób nieuprawniony.

W ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i ust. 1 pkt 5 ustawy w odniesieniu do zamówienia pn.: *„Wykonanie robót dodatkowych dla budynku egzaminacyjnego WORD w Bydgoszczy”*. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 5 listopada 2014r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli podnosząc, że nie zgadza się z ustaleniem, iż w toku procedury udzielenia zamówienia doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i pkt 5 Pzp.

Wnioski kontroli są w tym zakresie, zdaniem Zamawiającego, sprzeczne z interpretacją przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazanych w powołanych przepisach prawa. W ocenie Zamawiającego wykonanie robót dodatkowych zostało zamówione zgodnie z 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) oraz pkt 5 tego przepisu. Uzasadnienie tego stanowiska zostało szeroko wskazane przez Zamawiającego w wyjaśnieniach przesyłanych na wezwanie Urzędu w toku kontroli.

Zamawiający podtrzymał, iż do realizacji udzielenia dodatkowego zamówienia objętego ustaleniami kontroli, doszło wyłącznie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które niestety nie mogły zostać przewidziane na etapie przygotowania postępowania.

Zamawiający podziela pogląd Prezesa UZP, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest

wyjatkowym trybem udzielenia zamówienia, które może zostać zastosowane wyłącznie w szczególnych okolicznościach.

W ocenie Zamawiającego obie przesłanki zastosowania trybu zamówienia wolnej ręki, wskazane w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) zostały spełnione.

W zakresie istnienia szczególnych przyczyn technicznych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, iż jednocześnie wykonywanie robót budowlanych dotyczących tożsamego, co do miejsca i przedmiotu, zakresu robót, jakie stanowiły roboty budowlane objęte pierwotnym zamówieniem oraz zamówieniem dodatkowym, stanowiło szczególne przyczyny techniczne, niecodzienne i powodujące nadzwyczajne ograniczenie zakresu podmiotów, które faktycznie mogły wykonać prace dodatkowe.

Podkreślił ponownie, że przedmiotem zamówienia dodatkowego było wykonanie komplementarnych, wynikowych a niekiedy zazębiających się z podstawowym zakresem zamówienia, robót budowlanych. Roboty budowlane, wykonywane w ramach obu umów (pierwotnej i na prace dodatkowe) dotyczyły prac pozostających w ścisłym związku technicznym i technologicznym.

Zatem zdaniem Zamawiającego nie możemy tutaj mówić o typowej rynkowej wyłączności (monopolu) wybranego wykonawcy, albowiem roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia dodatkowego są wykonywane przez wiele podmiotów. Jednak wspomniane wyżej okoliczności wykonywania prac dodatkowych, realizowanych równocześnie z realizacją podstawowego zakresu robót, w tym samym miejscu i w pokrywającym się zakresie, stanowią właśnie szczególne przyczyny i warunki techniczne wykonywania robót dodatkowych, mające charakter obiektywny. Zamawiający nie kierował się w tym zakresie ani szczególnym zaufaniem wobec wybranego wykonawcy, ani też jego doświadczeniem czy też możliwościami.

Zamawiający brał pod uwagę wyłącznie techniczne warunki wykonania robót dodatkowych, w nierozzerwalny i obiektywny sposób związanych z podstawowym zakresem robót. Analiza ta była oparta wyłącznie na przesłankach obiektywnych, faktycznie występujących w przypadku Zamawiającego i koniecznego do zrealizowania zakresu robót. O ile nie ulega wątpliwości, iż ogólnie w zakresie robót budowlanych Zamawiający miał wybór wykonawców, o tyle przeprowadzona przez Zamawiającego analiza technicznych warunków realizacji robót dodatkowych wykazała w sposób oczywisty i jednoznaczny, iż jedynie wykonawca pierwotnego zakresu robót jest w stanie wykonać zakres dodatkowy, w wymaganym przez Zamawiającego terminie.

Zatem to właśnie analiza szczególnych warunków stanu faktycznego, która w zasadzie została pominięta w ustaleniach kontrolnych Urzędu, daje pełne podstawy do uznania, iż

zaistniały szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, wskazane jako jedna z przesłanek w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy.

W ustaleniach kontroli dokonano podziału i analizy robót wykonywanych w ramach umowy dodatkowej, jednak pominięto całkowicie specyficzne i nadzwyczajne warunki wykonania tych prac, wskazane powyżej. Jak wielokrotnie już podkreślał Zamawiający to nie rodzaj prac, ale zakres, miejsce, termin i warunki techniczne ich wykonania były podstawą ustalenia, iż faktycznie, w ustalonych okolicznościach, jedynie dotychczasowy wykonawca jest w stanie wykonać roboty dodatkowe.

Zamawiający odwołał się w tym zakresie do powołanych w poprzednich wyjaśnieniach orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Dodatkowo wskazać należy, iż w uchwale KIO z dnia 2 marca 2012 r., sygn. KIO/KD 37/12, wskazano, iż istotny dla oceny istnienia monopolu wykonawcy, jest charakter danego zamówienia. Właśnie analiza tego parametru doprowadza do wniosku o faktycznym monopolu dotychczasowego wykonawcy w przedmiotowym stanie faktycznym. Nie chodziło bowiem o wykonanie określonego zakresu prac w ogóle, ale o wykonanie ich równocześnie z podstawowym zakresem robót, w określonym przez przedmiot postępowania terminie i zakresie.

W zakresie przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, Zamawiający wskazał, iż także zostały one spełnione, przez Zamawiającego.

Zgodnie bowiem z uchwałą KIO z dnia 12-03-2014 (sygn. KIO/KD 15/14) wskazać należy, iż warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego jest udzielenie tegoż zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, w zakresie nieobjętym przedmiotem udzielonego zamówienia, którego realizacja okazała się konieczna dla właściwego wykonania zamówienia podstawowego z zastrzeżeniem, że potrzeby udzielenia zamówienia dodatkowego, przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający nie mógł przewidzieć. Argumentacja w tym zakresie została przedstawiona w wyjaśnieniach Zamawiającego składanych w toku kontroli i w pełni odpowiada wskazanym przesłankom.

Podkreślić jednak należy zdecydowanie, iż roboty dodatkowe nie mają służyć, jak stwierdzono w informacji o wyniku kontroli, wykonaniu robót podstawowych w ogóle, ale prawidłowemu, właściwemu ich wykonaniu, przez co należy rozumieć wykonanie ich w sposób zgodny z normami, zasadami techniczno-budowlanymi i oczekiwaniami Zamawiającego

Jednocześnie, Zamawiający wykazał, iż z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów oraz wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego - które to przesłanki, ze względu

na specyfikę robót i ich komplementarny lub wręcz pokrywający się charakter, wystąpiły w kontrolowanej sytuacji.

Warto w tym zakresie Zamawiający ponownie odwołał się do orzecznictwa KIO, wskazującego, iż istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji.

Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, a przesłanką ich dopuszczalności w wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (wyrok KIO sygn. 171/13).

Nie polega, w ocenie Zamawiającego na prawdzie twierdzenie kontrolującego, iż roboty dodatkowe mogły zostać przewidziane przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o zamówienie robót podstawowych. Jak wskazywano w wyjaśnieniach Zamawiającego, większość braków i wad projektów została ujawniona dopiero na etapie realizacji inwestycji, a prace dodatkowe wynikały także z ujawnionych w toku wykonywanych robót uwarunkowań technicznych. Występowanie wad w dokumentacji projektowej jest zjawiskiem normalnym, zazwyczaj występującym w procesie realizacji inwestycji na podstawie dokumentacji projektowej, jednak liczne błędy w realizowanym przez Zamawiającego projekcie mogły zostać wychwycone dopiero na etapie realizacji projektów, co powodowało konieczność zlecenia prac dodatkowych, dla zapewnienia zgodności prac z normami (np. przeciwpożarowymi), ale także dla wykonania prac podstawowych, których przedmiotem było dobudowanie skrzydła budynku, który bez prac dodatkowych nie mógłby zostać zrealizowany.

Dodatkowo, w zakresie zamiany schodów przeciwpożarowych na klatkę schodową, konieczne jest zdaniem Zamawiającego wskazanie, iż po rozpoczęciu robót podstawowych, Zamawiającemu zwrócono uwagę, iż schody główne w klatce schodowej istniejącego budynku administracyjnego nie spełniają norm przeciwpożarowych pod względem szerokości. Z tego powodu, nie mając możliwości przebudowy tych schodów, zamawiający ze względów bezpieczeństwa pracowników i interesantów, uznał z zasadną zamianę otwartych schodów przeciwpożarowych (planowanych w ramach robót podstawowych) do standardu klatki schodowej zamkniętej. Zasadność takiego postępowania potwierdziła zatwierdzona przez Państwową Straż Pożarną ekspertyza techniczna stanu ochrony przeciwpożarowej z marca 2012 r. załączona do niniejszego pisma.

W dniu 19 listopada 2014r. Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, podnosząc, że Zamawiający nie zakwestionował okoliczności wskazanych w Informacji o

wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 października 2014 r., stanowiących podstawę stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, polegającego na niezasadnym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia, bowiem przytoczył argumenty tożsame z podnoszonymi w trakcie postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej.

Powoływanie się przez Zamawiającego w sposób ogólny na zakres prac dodatkowych, miejsce, termin i warunki techniczne ich realizacji, nie sposób uznać za przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający nie wykazał istnienia obiektywnych przyczyn technicznych i technologicznych odnoszących się do prac zleconych w ramach umowy na roboty dodatkowe powodujących, że ich wykonanie możliwe było jedynie przez jednego wykonawcę. Analiza rodzaju i zakresu prac dodatkowych oraz stopnia ich skomplikowania nie wskazuje, by jedynym podmiotem zdolnym do ich wykonania w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, był wykonawca zamówienia podstawowego.

Kontrolujący podkreślił, iż sam Zamawiający w piśmie z dnia 3 listopada 2014 r. wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi typowa rynkowa wyłączność (monopol) wybranego wykonawcy, bowiem roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia dodatkowego są wykonywane przez wiele podmiotów. Zaś subiektywnego przekonania Zamawiającego, że tylko obecny wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie nie można uznać za podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto, w ocenie kontrolującego, nie sposób uznać za okoliczność uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, ogólnikowego stwierdzenia Zamawiającego, iż oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, a wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego -które to przesłanki, ze względu na specyfikę robót i ich komplementarny lub wręcz pokrywający się charakter, wystąpiły w przedmiotowej sprawie.

Podobnie, jak stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 października 2014 r., zakres udzielonego zamówienia w ocenie kontrolującego, wskazuje, że w niniejszej sprawie przyczyną udzielenia zamówienia dodatkowego była zmiana koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez zamawiającego w toku jej wykonywania (m.in. zmiana zabudowy filara o przekroju okrągłym w celu uzyskania przekroju kwadratowego, zmiana wykończenia podłogi, przesunięcie otworu drzwiowego i wykonanie ścianki działowej). Ponadto, fakt, iż Zamawiający nie przewidział konieczności wykonania robót objętych zamówieniem

dodatkowym na etapie zamówienia podstawowego, nie świadczy o tym, że roboty te były niemożliwe do przewidzenia. Ponadto, podkreślić należy, iż pierwotny projekt inwestycji był znany Zamawiającemu, który przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym mógł zgłosić swoje uwagi/zastrzeżenia autorowi tego projektu, zamiast podnosić wady projektu na etapie jego realizacji.

Kontrolujący stwierdził, iż Zamawiający nie wskazał obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, w szczególności okoliczność, iż Zamawiający nie podniósł argumentów, które stanowiłyby podstawę do zmiany stanowiska Prezesa UZP w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 października 2014 r. naruszenia, zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zważyła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Spór dotyczy natomiast interpretacji przesłanek dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu oparte jest o następujące podstawy prawne:

Art. 7 ust. 1 ustawy, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 10 ust. 1 ustawy, który określa, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zaś zgodnie z ust. 2 tego przepisu Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przypadki dopuszczalności stosowania trybu niekonkurencyjnego – zamówienia w wolnej ręki, w oparciu, o które zamawiający prowadził kontrolowane postępowania są następujące:

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

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

a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, zaś

zgodnie z art.67 ust. 1 pkt 5) ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 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:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie Izby w bezspornym stanie faktycznym i ustalonym powyżej stanie prawnym zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający w zastrzeżeniach powołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zajęte w rozstrzygnięciu zastrzeżeń w sprawach sygn. akt KIO/KD 37/12 i KIO/KD 15/14. Izba podziela i w pełni akceptuje stanowiska prawne wyrażone w obu uchwałach, choć uchwały te zapadły na konwie odmiennych od niniejszego stanu faktycznego. Nie mniej jednak żadna z tych uchwał, w ocenie Izby, nie może stanowić wzmocnienia argumentacji zamawiającego. W uchwale Kio/KD 37/12 dotyczącej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Izba wyraźnie wskazała, że „to zamawiający zobowiązany jest bowiem wykazać zaistnienie „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uzasadniają zastosowanie tej przesłanki, a mianowicie tego, że udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi jest nie tylko utrudnione, ale z uwagi na charakter danego zamówienia niemożliwe. Powołanie się na tą przesłankę musi być bowiem poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia.” Izba w swojej uchwale wskazała na dwie okoliczności, które muszą być wykazane łącznie tj. na to, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny oraz że istnieje rzeczywisty monopol wykonawcy na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Przenosząc to stanowisko Izby, które skład orzekający przyjmuje za własne, należy stwierdzić, że sam Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli przyznał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi typowa rynkowa wyłączność (monopol) wybranego wykonawcy, ale to względy organizacyjne, terminowe i finansowe powodują, że celowe jest udzielenie zamówienia dodatkowego właśnie temu wykonawcy. Zatem już ze stanowiska Zamawiającego wprost wynika, że brak jest rzeczywistego monopolu wykonawcy. Co do drugiego z wymogów tj. niemożliwości udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, to w ocenie Izby również ta przesłanka nie została przez Zamawiającego wykazana. Zamawiający wskazywał na pewne trudności jakie mogą wiązać się z udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy takie jak obawa o terminowe wykonanie zamówienia, trudności w ocenie odpowiedzialności za wady, utrudnienia

związane z organizacją zaplecza dla robót budowlanych przy dwóch wykonawcach pozostających jednocześnie na tym samym placu budowy, oraz utrudnieniach w wykonywaniu przez zamawiającego zadań tj. organizowaniu egzaminów na prawo jazdy. Zamawiający jednak ani w wyjaśnieniach, ani w zastrzeżeniach nie wykazał, że te problemy mają charakter nieprzezwycięzalny. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progów wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy może być przeprowadzone w stosunkowo krótkim terminie- według Sprawozdania Urzędu Zamówień Publicznych za rok 2011 – w roku 2011 przeciętny czas trwania postępowania o wartości zamówienia poniżej progów unijnych wyniósł 31 dni. Zamawiający nie wykazał, że przy takim czasie trwania postępowania konkurencyjnego, niemożliwe byłoby zachowanie wymaganego przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia podstawowego. Zamawiający poza głośnymi twierdzeniami nie przedstawił dowodów na to, że nie ma możliwości takiego zorganizowania placu budowy, aby wykonywanie w tym samym czasie robót podstawowych i dodatkowych nie kolidowało ze sobą. W ocenie Izby Te okoliczności powodują, że zamawiający nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy.

W odniesieniu do drugiej z powołanych podstaw prawnych zastosowania trybu niekonkurencyjnego również skład orzekający podziela i przyjmuje za własne stanowisko Izby wyrażone w uchwale KIO/KD 15/14, choć również i w tym przypadku stan faktyczny sprawy nie był identyczny. Nie mniej jednak dokonany przez Izbę sposób interpretacji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy jest w pełni prawidłowy.

Izba w sprawie sygn. akt KIO/KD 15/14 wskazała bowiem, że „zasadą (...) winno być udzielanie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego albo nieograniczonego. Skoro tak, to jako wyjątek od reguły należy traktować sytuację, w której zamówienie publiczne udzielane jest w innym trybie. Zresztą wyjątkowość wykorzystania trybów niekonkurencyjnych w toku udzielania zamówienia publicznego wyartykułował sam ustawodawca stanowiąc, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). (...). Warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego jest zatem udzielenie tegoż zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, w zakresie nieobjętym przedmiotem udzielonego zamówienia, którego realizacja okazała się konieczna dla właściwego wykonania zamówienia podstawowego z zastrzeżeniem, że potrzeby udzielenia zamówienia dodatkowego, przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający nie mógł przewidzieć. Jednocześnie, zamawiający jest obowiązany wykazać, iż z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od

zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.”. Zamawiający z tezą co do wyjątkowego charakteru norm wynikających z art. 67 ust. 1 ustawy nie polemizuje, co wynika wprost ze złożonych zastrzeżeń.

Izba zauważa, że prawidłowo kontrolujący ocenił, że Zamawiający nie wykazał istnienia przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. :

1. nieprzewidywalności potrzeby udzielenia zamówienia – Zamawiający zarówno w wyjaśnieniach, jak w zastrzeżeniach kilkakrotnie podkreśla, że błędów z projektach budowlanych nie był w stanie przewidzieć, natomiast to oświadczenie pozostaje w logicznej sprzeczności z twierdzeniem zamawiającego zawartym w akapicie drugim na stronie 4 zastrzeżeń, gdzie sam zamawiający wskazuje, że „Występowanie wad w dokumentacji projektowej jest zjawiskiem normalnym, zazwyczaj występującym w procesie realizacji inwestycji na podstawie dokumentacji projektowej (...)” Zamawiający nieprzewidywalności upatruje w ilości błędów w przedmiotowej dokumentacji projektowej. Izba stwierdza, że skoro do przewidzenia było, że występują wady w dokumentacji projektowej, to zamawiający powinien się przed tym zabezpieczyć jeszcze przed wszczęciem postępowania o zamówienie podstawowe, choćby przez nakazanie weryfikacji poprawności dokumentacji projektowej swoim służbom technicznym, lub podmiotom zewnętrznym. Co więcej teza zamawiającego o braku możliwości realizacji zadań objętych zamówieniem dodatkowym w trybie robót zamiennych w zamówieniu podstawowym nie została przez zamawiającego w jakikolwiek sposób udowodniona kontrolującemu. W aktach postępowania kontrolnego znajduje się informacja o tym, że projektant odpowiedzialny za dokumentację projektową znajduje się na urlopie macierzyńskim i tym zamawiający upatrywał problemów z uzyskaniem rozwiązań zamiennych od dotychczasowego projektanta. Biorąc to pod uwagę Izba oceniła, że zamawiający nie wykazał istnienia przesłanki nieprzewidywalności konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego,
2. niewspółmierności kosztów oddzielenia zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby – zamawiający poza powołaniem się na tę przesłankę w jej dosłownym brzmieniu, w żaden sposób jej istnienia nie dowodził. W aktach postępowania kontrolnego brak jest jakiegokolwiek dokumentu świadczącego o tym, że zamawiający obliczył koszty postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiot pokrywałby się z przedmiotem zamówienia dodatkowego w trybie konkurencyjnym np. przetargu nieograniczonego, że oszacował jaki będzie koszt organizacji zaplecza budowlanego dla nowego wykonawcy, koszt ewentualnych rozbiórek prac, które zostaną wykonane w ramach realizacji zamówienia

podstawowego, a które będą musiały być wykonane ponownie w celu przeprowadzenia zamówienia dodatkowego, koszt ograniczenia wykonywania zadań zamawiającego np. zmniejszenie liczby przeprowadzonych egzaminów w czasie realizacji zamówienia dodatkowego itp. Dopiero analiza ekonomiczna tych kosztów i stwierdzenie ich niewspółmierności dawałoby zamawiającemu podstawę do powołania się na literę a pkt. 5 ust. 1 art. 67 ustawy. Zamawiający temu obowiązkowi nie podołał

uzależnienie wykonania zamówienia podstawowego od wykonania zamówienia dodatkowego. Przesłanka ta wskazuje na konieczność wykazania, że bez realizacji zamówienia dodatkowego osiągnięcie celów zamówienia podstawowego byłoby niemożliwe. W ocenie Izby sam fakt, że roboty dodatkowe są realizowane w tym samym miejscu i czasie, oraz są przedmiotowo zbieżne z zamówieniem podstawowym nie jest wystarczający dla zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy. Pomiędzy bowiem zamówieniem podstawowym, a zamówieniem dodatkowym musi istnieć taka relacja, że niemożliwe jest wykonanie w sposób prawidłowy zamówienia podstawowego bez zamówienia dodatkowego. W niniejszej sprawie zamówieniem dodatkowym objęte jest szereg zadań, które w żaden sposób nie wpływają na prawidłowość wykonania zamówienia podstawowego. Przykładowo wskazać można na takie roboty jak :

- montaż wkładek kauczukowo-dywanowych w wejściu głównym;
- zabudowa filara o przekroju okrągłym na parterze płytami Formica w celu uzyskania przekroju kwadratowego;
- biały montaż w łazienkach budynku egzaminacyjnego wg ustaleń z narady koordynacyjnej z dnia 01.02.2011 r.;
- zabudowanie płytami gipsowo-kartonowymi kanałów wentylacyjnych i teletechnicznych.
- montaż stolarki drzwiowej z elektrozaczepami;
- zabudowa elementów nieprzeziernych stolarki okiennej płytami gipsowo-kartonowymi;
- przesunięcie grzejników w pomieszczeniu koordynatora egzaminów;
- instalacja wodna pod automaty do kawy;
- montaż wyłącznika pożarowego;
- wykończenie podłogi sali szkoleń BRD z materiału wg projektu firmy ABM S.C. z uwzględnieniem wzoru podłogi z projektu zamiennego arch. E.W.;
- wykonania zamiennie naświetla o odporności EI30 w pokoju omawiania egzaminów budynku egzaminacyjnego w miejsce kurtyn przeciwpożarowych w niniejszym pokoju oraz poczekalni pracowni psychologicznej na pierwszym piętrze budynku egzaminacyjnego.

Podane roboty mogły być wykonane niezależnie od zamówienia podstawowego i należą do typowych prac wykończeniowych, zatem w ocenie Izby brak jest tu możliwości wykazanie

przesłanki zależności wykonania zamówienia podstawowego od wykonania zamówienia dodatkowego. Tym samym choćby już tylko w tym zakresie naruszono zasadę wyjątkowego stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Na marginesie można jeszcze podnieść, że Zamawiający w postępowaniu o zamówienie dodatkowe powołał biegłego, jednak w aktach postępowania kontrolnego brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że biegły ocenił przedmiot zamówienia dodatkowego pod względem niezbędności jego wykonania dla realizacji zamówienia podstawowego. Kontrolujący prawidłowo zatem ocenił, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W tym stanie rzeczy zgodnym z ustawą i prawidłowym było ustalenie przez kontrolującego, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy.

Powołany przez zamawiającego wyrok z dnia 5 lutego 2013r. sygn. akt: KIO 171/13 nie dotyczy zagadnień faktycznych i prawnych występujących w niniejszym postępowaniu.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw, w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym do uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń i na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy i wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....