

Sygn. akt KIO/KD 119/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 9 stycznia 2015 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Urząd Miejski w Szydłowcu
ul. Rynek Wielki 1
26 – 500 Szydłowiec

w przedmiocie zamówienia publicznego pod nazwą: **„Budowa kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz przebudowa istniejącego kanału o śr. 600 w Parku Radziwiłłowskim, przebudowa kanalizacji deszczowej w części ulicy Ogrodowej w Szydłowcu.”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący :	Magdalena Rams
Członkowie :	Małgorzata Rakowska
	Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 12 grudnia 2014 roku wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 grudnia 2014 roku do wyników kontroli doraźnej następczej z dnia 8 grudnia 2014 roku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „**Prezes UZP**”) przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz przebudowa istniejącego kanału o śr. 600 w Parku Radziwiłłowskim, przebudowa kanalizacji deszczowej w części ulicy Ogrodowej w Szydłowcu” przeprowadzonego w trybie zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej „**ustawa Pzp**”) przez Urząd Miejski w Szydłowcu (dalej „**Zamawiający**”).

W wydanej w dniu 8 grudnia 2014 r. Informacji o wyniku kontroli doraźnej (pismo UZP/DKUE/W3/421/29(4)14/SD) Prezes UZP wskazał w pierwszej kolejności, iż zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. 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. Ponadto, zgodnie z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, 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, tj. w art. 5 ust. 1a i b oraz w art. 67 ust. 1 ustawy.

Prezes UZP podkreślił również, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp 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: (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 Prezesa UZP, z powyższego wynika, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącnego zaistnienia wszystkich wskazanych poniżej okoliczności, zwanych dalej przesłankami obligatoryjnymi:

- 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- 2) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- 5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.
- 7) zachodzą okoliczności z lit. a lub b ww. przepisu.

Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności zamawiający nie dowiódł, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niemożliwe wcześniej do przewidzenia.

W ocenie Prezesa UZP z analizy dokumentacji zamówienia podstawowego wynika, iż zamówienie obejmowało m.in. przebudowę istniejącej kanalizacji sanitarnej i deszczowej polegającej na wymianie odcinka istniejącej kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z wymianą studni. Ponadto w projekcie budowlanym zamawiający wskazał, że „opracowanie przewiduje wykonanie dwóch kolektorów, których zadaniem będzie odprowadzenie wód deszczowych z terenu objętego inwestycją. Pierwszy z nich odbierać będzie wody deszczowe z terenu Rynku Wielkiego oraz ul. Kilińskiego i Kieleckiej. Drugi odbierać będzie wody deszczowe z ul. Radomskiej od skrzyżowania z Rynkiem Wielkim do Placu Marii Konopnickiej, oraz z ulic: 1-ego Maja, Bankowej, Widok oraz częściowo z Placu Marii Konopnickiej. Kolektor odprowadzać będzie wody deszczowe do projektowanej studni D48 z uwagi na fakt, że w trakcie opracowywania niniejszej dokumentacji nie było wykonanego projektu budowy kanału w Pl. M. Konopnickiej na odcinku od ul. Radomskiej w kierunku wylotu do rzeki Korzeniówki - WK9. Taki sposób odprowadzenia wód deszczowych należy traktować jako tymczasowy do momentu opracowania dokumentacji na kanał deszczowy w Pl. M. Konopnickiej na odcinku od ul. Radomskiej w kierunku wylotu do rzeki Korzeniówki. W w/w opracowaniu należy zaprojektować włączenie projektowanego kanału w ul. Radomskiej.”

W ocenie Prezesa ustalony w toku czynności kontrolnych stan faktyczny nie wskazuje, że wykonanie robót dodatkowych było konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Sytuacji niemożliwa wcześniej do przewidzenia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to taka, której nie można było stwierdzić przy dochowaniu należytej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Z ww. przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki mamy zatem do czynienia w sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego, których zamawiający w ogóle nie mógł przewidzieć przystępując do przygotowywania inwestycji. Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego, etc. Przesłanka ta natomiast nie zachodzi, gdy konieczność udzielenia zamówienia na dane roboty była wprost przewidywana, zaplanowana, a zamawiający ponadto poczynił kroki w celu realizacji tego zamówienia zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie wykazał, iż konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynikała z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego. W przedmiotowej sprawie zamawiający już w 2011 r. posiadał wiedzę, iż konieczne jest wykonanie odcinka kanalizacji objętego zamówieniem dodatkowym, o czym świadczy fakt, iż w dniu 19.10.2011 r. tj. na 18 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania w trybie podstawowym, została zawarta umowa na opracowanie tego odcinka kanalizacji. Jak wynika z treści przedłożonych w toku postępowania wyjaśniającego dokumentów, zamawiający na etapie prowadzenia postępowania podstawowego oczekiwał na otrzymanie dokumentacji projektowej „zamówienia dodatkowego”. Nierzetelność wykonawcy w zakresie opracowania powyższej dokumentacji projektowej nie może być traktowana jako wypełnienie przesłanki nieprzewidywalności. Również fakt dofinansowania projektu ze środków Unii Europejskiej i określenie terminu jego realizacji (30.09.2014 r.) nie może być traktowane jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia i uzasadniająca udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Decyzja o przyznaniu dofinansowania i warunkach jego wykorzystania była znana zamawiającemu co najmniej od czerwca 2011 r. (podpisanie umowy na dofinansowanie). Z tego samego powodu argumentem uzasadniającym zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie może być również zły stan techniczny obiektu. Zamawiający

bowiem miał pełną świadomość znajdowania się obiektu w takim stanie i przewidywał czynności modernizacyjne na długo przed wszczęciem postępowania w trybie podstawowym.

Prezes UZP wskazał również, że z danych zawartych w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r. wynika, że przeciętny czas trwania postępowania na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów UE, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty zawarcia umowy wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wynosi 38 dni. Powyższe oznacza, iż gdyby zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe zadanie w dniu 29.11.2013 r. (tj. w dniu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki poprzez przesłanie zaproszenia do negocjacji z wykonawcą zamówienia podstawowego), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać już na początku stycznia 2014 r. Zatem przedłużenie terminu realizacji zamówienia o czas niezbędny na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, tj. o 38 dni nie stanowiło zagrożenia dla terminowej realizacji całego projektu, tj. do 30.09.2014 r.

Pismem z dnia 12 grudnia 2014 r., które wpłynęło do Prezesa UZP w dniu 15 grudnia 2014 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej. Zamawiający wskazał, iż (...) na stronie 6 informacji kontrolujący stwierdzili „Nierzetelność wykonawcy w zakresie opracowania powyższej dokumentacji projektowej nie może być traktowane jako wypełnienie przesłanki nieprzewidywalności”. W ocenie Zamawiającego jest to arbitralne, nieuzasadnione. Okoliczność niemożliwa do przewidzenia wyniknęła z nierzetelności wykonawcy opracowania projektowego, który mimo licznych wezwań do wywiązywania się z umowy z tej umowy się nie wywiązywał. Dopóki zamawiający nie dysponował dokumentacją, nie miał wiedzy, czy w ogóle zadanie w tym zakresie będzie mógł wykonać i w jakim zakresie oraz, co będzie się składało na jego realizację. Ponadto Zamawiający w zastrzeżeniach rozszerzył argumentację uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wskazując, iż (...) Terenem, na którym budowana była przedmiotowa kanalizacja deszczowa z lokalizacją separatora był również Park Radziwiłłowski, w którym trwały prace związane z zagospodarowaniem i rewitalizacją z terminem zakończenia do dnia 06 lipca 2014 roku. Dlatego też wybudowanie kanalizacji deszczowej wraz z separatorem na terenie parku było konieczne w terminie umożliwiającym wykonanie zakresu robót objętych zagospodarowaniem parku (budową alejek i placów parkowych z płyt kamiennych z piaskowca, małej architektury, linii energetycznej oświetleniowej nowe nasadzenia itp.). Termin 30.09.2014 r. dotyczył całości realizacji projektu, w skład którego wchodziło zadanie zagospodarowania Parku Radziwiłłowskiego i

wyspy zamkowej, wykonanie zagospodarowania placu Rynek Wielki, ul. Radomskiej oraz Skweru Staromiejskiego. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie istniała przesłanka nieprzewidywalności i zamawiający miał prawo udzielić zamówienia z wolnej ręki. Pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. (UZP/DKUE/W3/421/29(6)/14/SD) odnosząc się do ww. zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP nie podzielił opinii Zamawiającego w powyższych kwestiach i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP wskazał, że skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe jest tylko w sytuacjach szczególnych, co wynika z brzmienia art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, który statuuje prymat postępowań konkurencyjnych. Podstawowym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. W związku z powyższym ustawa Pzp w art. 10 ust. 1, jako podstawowe tryby wymienia przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w innym trybie ustawowym, tj. w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę czy też licytacji elektronicznej zostało ograniczone i uzależnione od wystąpienia konkretnych przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na fakt, że skorzystanie z ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a każdy podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

W ocenie Prezesa UZP wykonanie robót dodatkowych objętych przedmiotowym postępowaniem nie wynikało z konieczności powstałej na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jak stanowi przepis art 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Powyższa okoliczność musi być zatem okolicznością obiektywną. Przesłankę nieprzewidywalności należy zatem rozumieć w kontekście robót, których konieczność wykonania pojawiła się w toku realizacji zadania podstawowego i których zaistnienie było wcześniej w ogóle niemożliwe do przewidzenia. Przedmiotem zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie mogą być więc roboty, które były planowane, a jedynie ich realizacja z różnych przyczyn się opóźniła.

Prezes UZP podkreślił, że w analizowanym stanie faktycznym nie ziszcila się przesłanka, iż konieczności realizacji zamówienia nie można było przewidzieć wcześniej, tj. na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego dysponował wiedzą, że konieczne jest wykonanie

odcinka kanalizacji objętego zamówieniem dodatkowym, ponieważ istniejący kanał deszczowy znajduje się w złym stanie technicznym i nie spełnia wymogów ochrony środowiska. O powyższym świadczy fakt, iż w dniu 19.10.2011 r. tj. na 18 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania w trybie podstawowym, została zawarta umowa na opracowanie projektu odcinka kanalizacji będącego przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem Zamawiający posiadał nie tylko wiedzę o złym stanie technicznym kanalizacji, ale także podjął działania zmierzające do wykonania zamówienia zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że jak wynika z analizy dokumentacji postępowania Starostwo Powiatowe w Szydłowcu - Zespół Uzgadniania Dokumentacji Projektowej Sieci Uzbrojenia Terenu, opinią nr 63/2013 z dnia 15.04.2013 r. w sprawie uzgodnienia dokumentacji projektowej miasta Szydłowiec, ul. Radomska, Widok, Pl. M. Konopnickiej i Ogrodowa w zakresie wykonania kanalizacji deszczowej wraz z elementami składowymi, pozytywnie zaopiniował projekt dokumentacji wykonany przez BPI „Redan” Sp. z o. o. Z powyższego wynika, iż Zamawiający co najmniej od kwietnia 2013 r. dysponował dokumentacją projektową odcinka kanalizacji objętego postępowaniem w trybie z wolnej ręki. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż „(...) zamawiający nie dysponował dokumentacją, nie miał wiedzy, czy w ogóle zadanie w tym zakresie będzie mógł wykonać oraz, co będzie się składało na jego realizację”. Zarówno okoliczności faktyczne sprawy, jak i zastrzeżenia Zamawiającego wskazują, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania podstawowego (22.05.2013 r.) nie tylko posiadał wiedzę o konieczności wykonania kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz robót modernizacyjnych odcinka kanalizacji zleconych następnie do wykonania na podstawie art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale również dysponował dokumentacją projektową tego odcinka kanalizacji. Tym samym wskazać należy, iż roboty dodatkowe mogły zostać przewidziane jako roboty wchodzące w skład zamówienia podstawowego. Uwzględniając także nowe okoliczności podniesione w zastrzeżeniach przez Zamawiającego związane z zagospodarowaniem i rewitalizacją Parku Radziwiłłowskiego z terminem zakończenia prac do dnia 06.07.2014 r., wskazać należy, iż również one nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu, gdyż brak jest spełnienia w dalszym ciągu przesłanki nieprzewidywalności. Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż „okoliczność niemożliwa do przewidzenia wyniknęła z nierzetelności wykonawcy opracowania projektowego, który mimo licznych wezwań do wywiązywania się z umowy z tej umowy się nie wywiązywał”. Nierzetelność wykonawcy - projektanta w zakresie opracowania powyższej dokumentacji projektowej nie zmienia bowiem faktu, że zamówienie było od

dawna zaplanowane, zatem konieczność jego udzielenia nie pojawiła się niespodziewanie w trakcie realizacji zamówienia podstawowego.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli udział w projekcie współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej i ryzyko upływu terminu realizacji projektu nie może być traktowane jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia. Zamawiający bowiem sam zainicjował ubieganie się o dofinansowanie projektu i określił warunki jego realizacji, a decyzja o przyznaniu dofinansowania była znana Zamawiającemu co najmniej od czerwca 2011 r. Zatem Zamawiający miał wiedzę w zakresie terminów wynikających z umowy o dofinansowanie Projektu pn.: „Odnowa zabytkowych obiektów przestrzeni publicznej w Szydłowcu, poprawa funkcjonalności i dostępności infrastruktury kulturalnej i turystycznej dla mieszkańców Mazowsza.” Należy także wskazać, iż Starosta Szydłowiecki w dniu 28.06.2013 r. wydał decyzję (nr 116.13) zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem, gdyby Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe zadanie w lipcu 2013 r. (tj. po otrzymaniu decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać nawet już w sierpniu 2013 r., biorąc pod uwagę przeciętny czas trwania przetargu nieograniczonego. Ponadto, jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, gdyby Zamawiający wszczął przetarg nieograniczony nawet w dacie wszczęcia postępowania z wolnej ręki, tj. w listopadzie 2013 r., byłby w stanie udzielić zamówienia bez szkody dla terminu realizacji projektu (30.09.2014 r.).

Reasumując, Prezes UZP podkreślił, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie budowy kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz przebudowy istniejącego kanału o śr. 600 w Parku Radziwiłłowskim, przebudowy kanalizacji deszczowej w części ulicy Ogrodowej w Szydłowcu nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 08.12.2014 r. i nie uwzględniam zastrzeżeń Zamawiającego w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolującego w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego pismem z dnia 12 grudnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podziela tym samym w całości stanowisko Prezesa UZP oraz uzasadniająca je argumentację zawartą w Informacji o wyniku kontroli, a także w piśmie Prezesa UZP z dnia 30 grudnia 2014 r. co do zasadności stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przy udzieleniu w trybie z wolnej ręki zamówienia na roboty dodatkowe których przedmiotem była budowa kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz przebudowy istniejącego kanału o śr. 600 w Parku Radziwiłłowskim, przebudowy kanalizacji deszczowej w części ulicy Ogrodowej w Szydłowcu. Izba stwierdziła, że zgłoszone zastrzeżenia nie dają podstawy do uznania, że powyższe roboty nie były możliwe do przewidzenia przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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: (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 konsekwencji, możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia następujących okoliczności: (i) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy; (ii) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane; (iii) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym; (iv) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia; (v) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego; (vi) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia; (vii) zachodzą okoliczności z lit. a lub b art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Możliwość skorzystania z procedury udzielania zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga m.in. wykazania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Elementem

niezbędnym zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a niemożliwość ta powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia - pomimo zachowania należytej staranności. Istotna jest pierwotna nieprzewidywalność konieczności wykonania robót dodatkowych i niezbędność ich wykonania, by zamówienie podstawowe mogło być wykonane.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym nie ziszcila się przesłanka konieczności realizacji zamówienia dodatkowego z uwagi na zaistnienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, tj. na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Słusznie wskazał bowiem Prezes UZP, że z analizy dokumentacji postępowania w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego dysponował wiedzą, że konieczne jest wykonanie odcinka kanalizacji objętego zamówieniem dodatkowym, ponieważ istniejący kanał deszczowy znajduje się w złym stanie technicznym i nie spełnia wymogów ochrony środowiska. O powyższym świadczy fakt, iż w dniu 19.10.2011 r. tj. na 18 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania w trybie podstawowym, została zawarta umowa na opracowanie projektu odcinka kanalizacji będącego przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem Zamawiający posiadał nie tylko wiedzę o złym stanie technicznym kanalizacji, ale także podjął działania zmierzające do wykonania zamówienia zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym.

Ponadto, jak wynika z analizy dokumentacji postępowania Starostwo Powiatowe w Szydłowcu - Zespół Uzgadniania Dokumentacji Projektowej Sieci Uzbrojenia Terenu, opinią nr 63/2013 z dnia 15.04.2013 r. w sprawie uzgodnienia dokumentacji projektowej miasta Szydłowiec, ul. Radomska, Widok, Pl. M. Konopnickiej i Ogrodowa w zakresie wykonania kanalizacji deszczowej wraz z elementami składowymi, pozytywnie zaopiniował projekt dokumentacji wykonany przez BPI „Redan” Sp. z o. o. Z powyższego wynika, iż Zamawiający co najmniej od kwietnia 2013 r. dysponował dokumentacją projektową odcinka kanalizacji objętego postępowaniem w trybie z wolnej ręki. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż „(...) zamawiający nie dysponował dokumentacją, nie miał wiedzy, czy w ogóle zadanie w tym zakresie będzie mógł wykonać oraz, co będzie się składało na jego realizację”. Zarówno okoliczności faktyczne sprawy, jak i zastrzeżenia

Zamawiającego wskazują, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania podstawowego (22.05.2013 r.) nie tylko posiadał wiedzę o konieczności wykonania kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz robót modernizacyjnych odcinka kanalizacji zleconych następnie do wykonania na podstawie art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale również dysponował dokumentacją projektową tego odcinka kanalizacji. Tym samym wskazać należy, iż roboty dodatkowe mogły zostać przewidziane jako roboty wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

Nie zasługuje również na uwzględnienie okoliczność podniesiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, a związana z zagospodarowaniem i rewitalizacją Parku Radziwiłłowskiego z terminem zakończenia prac do dnia 06.07.2014 r. Okoliczność ta nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu, gdyż brak jest spełnienia w dalszym ciągu przesłanki nieprzewidywalności. Zamawiający wskazał, iż „okoliczność niemożliwa do przewidzenia wyniknęła z nierzetelności wykonawcy opracowania projektowego, który mimo licznych wezwań do wywiązywania się z umowy z tej umowy się nie wywiązywał”. Po pierwsze Izba podkreśla, że Zamawiający nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie rzekomej niewiarygodności i nierzetelności wykonawcy opracowania projektowego. Zamawiający w sposób lakoniczny wskazał jedynie, że umowa na opracowanie projektowe została zawarta w dniu 19 października 2011 r. i ze względu na nierzetelność wykonawcy proces opracowania projektu wydłużał się. Będąc zaś związanym zapisami umowy o dofinansowanie, w szczególności terminem realizacji projektu – tj. 30.09.2014 r., Zamawiający rozpiął postępowanie podstawowe z datą wszczęcia na dzień 22 maja 2013 r. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił ani nie przedstawił kopii umowy jaka została podpisana z wykonawcą dokumentacji projektowej, na podstawie której Izba mógłby dokonać analizy i weryfikacji twierdzeń Zamawiającego. Izba nie posiada informacji jaki był termin wykonania spornej dokumentacji projektowej, czy była możliwość rozwiązania umowy i powierzenia wykonania dokumentacji innemu wykonawcy w celu zapewnienia terminowości realizacji całej inwestycji. Od momentu zawarcia umowy na wykonanie dokumentacji projektowej do momentu wszczęcia postępowania podstawowego minęło 18 miesięcy. Zamawiający nie przedstawił żadnych informacji jakie konkretne czynności zostały przez niego podjęte w celu wyegzekwowanie terminowego i prawidłowego wykonania dokumentacji projektowej w ciągu niemal 2-letniego okresu czasu. To na Zamawiającym spoczywał obowiązek takiego ukształtowania stosunku umownego z pierwotnym wykonawcą dokumentacji projektowej, który umożliwiłby mu rozwiązanie umowy w przypadku nieterminowości czy nierzetelności pierwotnego wykonawcy i powierzenie wykonania dokumentacji innemu wykonawcy, tak aby całość projektu została wykonana w wyznaczonym terminie. Po drugie podkreślić należy, że nierzetelność wykonawcy -

projektanta w zakresie opracowania powyższej dokumentacji projektowej nie zmienia faktu, że zamówienie było od dawna zaplanowane, zatem konieczność jego udzielenia nie pojawiła się niespodziewanie w trakcie realizacji zamówienia podstawowego.

Słusznie wskazał również Prezes UZP, że udział w projekcie współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej i ryzyko upływu terminu realizacji projektu nie może być traktowane jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia. Zamawiający bowiem sam zainicjował ubieganie się o dofinansowanie projektu i określił warunki jego realizacji, a decyzja o przyznaniu dofinansowania była znana Zamawiającemu co najmniej od czerwca 2011 r. Zatem Zamawiający miał wiedzę w zakresie terminów wynikających z umowy o dofinansowanie Projektu pn.: „Odnowa zabytkowych obiektów przestrzeni publicznej w Szydłowcu, poprawa funkcjonalności i dostępności infrastruktury kulturalnej i turystycznej dla mieszkańców Mazowsza.” Należy także wskazać, iż Starosta Szydłowiecki w dniu 28.06.2013 r. wydał decyzję (nr 116.13) zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem, gdyby Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe zadanie w lipcu 2013 r. (tj. po otrzymaniu decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać nawet już w sierpniu 2013 r., biorąc pod uwagę przeciętny czas trwania przetargu nieograniczonego. Ponadto, gdyby Zamawiający wszczął przetarg nieograniczony nawet w dacie wszczęcia postępowania z wolnej ręki, tj. w listopadzie 2013 r., byłby w stanie udzielić zamówienia bez szkody dla terminu realizacji projektu (30.09.2014 r.).

W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie budowy kanalizacji deszczowej w ulicy Widok oraz przebudowy istniejącego kanału o śr. 600 w Parku Radziwiłłowskim, przebudowy kanalizacji deszczowej w części ulicy Ogrodowej w Szydłowcu nie zasługują na uwzględnienie. W okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażona w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....