

Sygn. akt KIO/KD 55/17

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 6 września 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Starostwo Powiatowe w Grójcu

ul. Józefa Piłsudskiego 59

05-600 Grójec

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak KND/1/17/DKD

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

Roboty uzupełniające dotyczące zadania pn.: Budowa Centrum Edukacyjno – Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej uznaje w całości za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 6 września 2017 r. sygn. akt KIO/KD 55/17

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Grójcu zawarło w dniu 28 maja 2015 r. umowę obejmującą roboty uzupełniające dotyczące zadania pn.: Budowa Centrum Edukacyjno – Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania (znak KND/1/17/DKD), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 03.08.2017 r., iż Zamawiający naruszył:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezastosowanie podstawowych trybów udzielania zamówienia;

- oraz w konsekwencji naruszenia art. 10 ust. 1 ustawy Pzp naruszenie odpowiednio art. 40 i nast. ustawy Pzp lub art. 48 i nast. ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony/ograniczony) w sytuacji, gdy nie zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu ww. Informacji zostało wskazane, że zgodnie z ustalonym w toku kontroli doraźnej stanem faktycznym, w dniu 28 maja 2015 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym, Powiatem Grójckim, zwanym dalej jako: „Zamawiający”, a Spółką POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o., „Umowa na roboty uzupełniające”, zwana dalej „Umową”.

Przedmiotem niniejszej Umowy, stosownie do treści § 1, było wykonanie „robót uzupełniających do realizowanego przez Wykonawcę projektu Budowa Centrum Edukacji Muzealnej wraz z parkingiem, a wynikających z konieczności ich wykonania”, obejmujących następujący zakres prac „zaakceptowany i szczegółowo opisany w zał. nr 1, 2, 3, 4 oraz 5”

Zakres robót wraz z ich wartościami netto:

Tabela I

1. Wykonanie muru oporowego na odcinku 16,5 mb wraz z montażem ogrodzenia: 9000,00 zł;
2. Zasilenie elektryczne bramy zewnętrznej: 887,86 zł;
3. Przebudowa kanalizacji teletechnicznej wykonanej przez poprzedniego wykonawcę: 22 784,97 zł;
4. Wykonanie dodatkowego oprzewodowania rozdzielaczy co. oraz sterowników ogrzewania podłogowego, dodatkowego oprzewodowania sterowników klimakonwektorów, dodatkowego

zasilenia i sterowania kurtyn powietrznych, dodatkowego oprzewodowania zasilenia i sterowania zaworami elektromagnetycznymi na inst. Hydrantowej: 11 084,80 zł;

5. Instalacja CCTV - zmiana systemu z analogowego na IP: 15 367,75 zł;

6. Zasilenie i sterowanie okien dachowych foyer: 2 322,82 zł;

7. Przystosowanie sieci komputerowej do Wi-Fi: 9 562,18 zł;

8. Instalacja multimedialna w Sali koncertowej (okablowanie nagłośnienia konferencyjnego i scenicznego oraz okablowanie oświetlenia scenicznego w sali koncertowej oraz okablowanie instalacji multimedialnej w sali koncertowej): 58 361,00 zł;

9. Zmienny zakres instalacji SWiN po korekcie projektu (zakres zgodny z przedmiarem zał. nr 4): 3 348,93 zł;

10. Odwodnienie wody spod tarasu od strony południowej i zachodniej: 4 000,00 zł;

11. Wykonanie zabudowy sufitu korytarza oraz części instalacji w piwnicach płytami g-k: 5 000,00;

12. Dostawa i montaż listwy wystawienniczej „szyna galeryjna” typu LUNA do wieszania eksponatów: 11 678,05;

13. Konstrukcja mocowania lamp oświetleniowych na Sali wystawowej 6 601,64

RAZEM PLN [netto]: 160 000,00 zł.

Tabela II

1. Droga dojazdowa do bramy dla samochodów straży pożarnej z wykorzystaniem istniejącej trylinki: 27 169,60 zł;

2. Przeniesienie szafy sterowniczej windy do piwnicy: 10 055,73 zł;

3. Demontaż i ponowny montaż ścieżki chodnika: 5 084,81 zł;

4. Montaż wiązu na strych do wyjścia technicznego na poddasze: 1 234,52 zł;

5. Montaż profili ościeżnicowych do montażu ścianek: 3 546,96 zł.

RAZEM PLN [netto]: 47 091,62 zł

Następnie w toku kontroli ustalono, że zapis § 1 pkt. 2 Umowy stwierdza, że podstawą wykonania prac określonych w § 1 pkt 1 jest Umowa oraz przedmiary, stanowiące załącznik nr 1 - 5 Umowy. Dodatkowo Umowa stanowi w § 1 pkt 3, że: „Technologia i wykonawstwo prac przez Wykonawcę odbywać się będzie zgodnie ze sztuką budowlaną, a także z najlepszą wiedzą i sztuką budowlaną - montażową oraz z zachowaniem tzw. dobrej praktyki lub innymi obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie - przy jednoczesnym zachowaniu przez Wykonawcę przepisów i zasad BHP podczas wykonywania Przedmiotu umowy.”

Strony Umowy postanowiły, że ww. prace zostaną wykonane w terminie do dnia 15 czerwca 2015 r. (§ 4 pkt. 2 Umowy). Zgodnie z § 5 pkt. 1 Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy zostało określone przez Strony w formie ryczałtu na wysokość 207 091,62 zł netto - co stanowi równowartość kwoty 49 016,93 euro, obliczonej na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1692).

Z pozostałej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że w dniu 28 maja 2015 r. w Lublinie została wystawiona przez Wykonawcę Faktura nr 15-FVS/0103 na kwotę 254 722,69 zł brutto pod nazwą >>wartość robót budowlanych wykonanych zgodnie z umową na roboty uzupełniające z dnia 28-05-2015 przy realizacji zadania: „Budowa Centrum Edukacyjno Muzealnego im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem” z terminem płatności do dnia 3 czerwca 2015 r.

Zgodnie z treścią opisu załączonego do faktury nr 15-FVS/0103 z dnia 28 maja 2015 r. *Zakup usługi/towaru: „wartość robót budowlanych wykonanych zgodnie z umową na roboty uzupełniające z dnia 28.05.2015 przy realizacji zadania Budowa Centrum Edukacyjno-Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem, protokół nr 1, roboty budowlane, elektryczne, sanitarne” - zrealizowano w ramach projektu „Rewitalizacja zespołu pałacowo -parkowego w Warce”.*

Zakup usługi/towaru: „Wartość robót budowlanych wykonanych zgodnie z umową na roboty uzupełniające z dnia 28.05.2015 przy realizacji zadania Budowa Centrum Edukacyjno-Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem protokół nr 1, roboty budowlane, elektryczne, sanitarne” dokonano na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie w toku kontroli ustalono, że w przekazanej dokumentacji znajduje się sporządzony w dniu 28 maja 2015 r. i podpisany przez Starostę Grójeckiego oraz kierownika budowy i przedstawiciela nadzoru inwestorskiego „PROTOKÓŁ NR 1 z WYKONANIA ROBÓT BUDOWLANYCH uzupełniających”, potwierdzający wykonanie, zgodnie z umową, wszystkich robót budowlanych określonych w § 1 pkt 1 Umowy.

Jak wskazał Prezes UZP powyższe ustalenia dowodzą iż roboty budowlane będące przedmiotem Umowy zostały faktycznie wykonane przed zawarciem Umowy z dnia 28 maja 2015 r.

Zdaniem Prezesa UZP potwierdzają ten fakt także ustalenia kontroli zawarte w *Wystąpieniu pokontrolnym* Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie, zgodnie z którymi roboty objęte zamówieniem „wykonane były kilka miesięcy i tygodni wcześniej przed podpisaniem protokołu. Powyższe oświadczenie Inspektora Nadzoru koresponduje z wyjaśnieniami Starosty Grójeckiego złożonymi w toku kontroli NIK, w których wskazał: „Prace objęte umową z dnia 28 maja 2015 r. ze względu na konieczność wykonania niektórych robót w odpowiedniej kolejności technologicznej (...) zostały wykonane (...) przed podpisaniem umowy. (...). Umowa na roboty uzupełniające została podpisana dopiero po zabezpieczeniu środków w Budżecie Powiatu Grójeckiego.” (Por. Wystąpienie pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli, Delegatura w Warszawie, kontrola numer S/16/003 pn.: „Prawidłowość zlecenia robót uzupełniających i dodatkowych przy realizacji zamówienia pn.: Budowa Centrum Edukacyjno - Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem”, s. 7 i 8).

Zdaniem Kontrolującego dokonane ustalenia prowadzą do wniosku, że udzielenie ww. zamówienia na roboty budowlane zostało dokonane przez Zamawiającego poza ustawą Pzp, w żadnym z trybów przewidzianych w art. 10 ustawy Pzp, w tym bez zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na którego przesłanki wyrażone w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp Zamawiający powołuje się w wyjaśnieniach złożonych przed Prezesem UZP.

Kompletna dokumentacja sprawy, przekazana przez Zamawiającego, nie zawiera w związku z powyższym ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ustawy Pzp, ani ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (przepis art. 66 ust. 2 ustawy Pzp), zaproszenia do negocjacji (art. 68 ust. 1 ustawy Pzp), czy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (obligatoryjnie wymaganego w szczególności w przypadku udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki), lub protokołu postępowania, sporządzonego na druku ZP, wraz z załącznikami (powyższe ustalenia potwierdza także analiza Biuletynu Zamówień Publicznych, z którego wynika, że Zamawiający nie zamieszał BZP żadnych ogłoszeń o zamówieniu lub o udzieleniu zamówienia w związku z zawartą, w dniu 28 maja 2015 r. Umową).

Zdaniem Prezesa UZP wymaga aby nadmienić, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2014 r. (numer ogłoszenia: 96112 - 2014), ani w SIWZ zamówienia podstawowego, nie przewidywał udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne sprawy Prezes UZP wskazał, że stosownie do art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Powyższa definicja legalna pojęcia „zamówienie publiczne” oznacza, że obowiązek stosowania procedury przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych w celu udzielenia zamówienia występuje wówczas, gdy podmiot należący do jednej z kategorii wymienionych w art. 3 ustawy Pzp, zamierza na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej udzielić wykonawcy zamówienia w przedmiocie realizacji usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz jednocześnie nie zachodzi przypadek wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp, spośród wskazanych w art. 4 ustawy Pzp.

Z kolei, podmiot, mający status zamawiającego, w sytuacji braku wyłączenia, o którym mowa w art. 4 ustawy Pzp, w myśl art. 7 ust. 3 ustawy Pzp udziela zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Stosownie zaś do treści art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Udzielenie zamówienia natomiast w pozostałych trybach, wymienionych w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Prezes UZP w pierwszej kolejności wskazał, że Umowa „Na roboty uzupełniające” z dnia 28 maja 2015 r. zawiera wszystkie konstytutywne cechy, o których mowa w art 2 pkt 13 ustawy Pzp, statuujące zamówienie publiczne.

Stanowi ona umowę odpłatną, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymał zarówno Powiat w Grójcu - w postaci wykonanych na jego rzecz prac określonych w § 1 Umowy, jak również POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o. - w postaci zapłaty wynagrodzenia pieniężnego w wysokości ustalonej w § 5 Umowy.

Starostwo Powiatowe w Grójcu, będące stroną Umowy z dnia 28 maja 2015 r. niewątpliwie, jako jednostka wchodząca w skład sektora finansów publicznych, zgodnie z art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.), posiada na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp status zamawiającego, zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o., jako osoba prawna, która zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, jest wykonawcą w znaczeniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Na przedmiot umowy składają się określone prace o charakterze robót budowlanych, w rozumieniu art. 2 pkt 7b ustawy Pzp. Prace te zostały opisane przedmiarami i dotyczą dokończenia realizacji projektu Budowy Centrum Edukacji Muzealnej wraz z parkingiem w Warce. Zgodnie z jednoznacznymi zapisami Umowy realizacja prac składających się na przedmiot umowy miała nastąpić zgodnie z obmiarami, stanowiącymi załączniki do umowy (zał. nr 1 - 5), i wymaganiami Zamawiającego wynikającymi m.in. z zapisów § 1 pkt 3 Umowy.

Równocześnie, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązujące w chwili zawierania niniejszej pisemnej Umowy, będącej umową o charakterze odpłatnym, nie przewidywały regulacji wyłączających jej stosowanie w przypadku udzielania zamówień obejmujących swym zakresem wykonanie robót budowlanych/prac montażowych, opisanych przedmiarami załączonymi do Umowy. Nadto, wartość wynagrodzenia wykonawcy przekraczała próg 30 000,00 euro, określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Nie stwierdzono również, aby miała miejsce jakakolwiek inna sytuacja określona w art. 4 ustawy Pzp, wyłączająca obowiązek udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia na podstawie ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający zawarł Umowę z dnia 28 maja 2015 r. na roboty uzupełniające z pominięciem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający zatem udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, czego wymagała od niego zasada legalizmu wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie analiza dokumentacji objętej kontrolą oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Urzędu wskazuje, że Zamawiający bezpodstawnie powołuje się na przepis art. 67 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, uzasadniając faktyczne udzielenie zamówienia Wykonawcy POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że stosownie do postanowienia art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony

oraz przetarg ograniczony. Przepis ten wyraża zasadę prymatu trybów przetargowych (otwartych) nad innymi trybami udzielania zamówień publicznych. Zasada ta wiąże się z koniecznością zapewnienia uczciwej konkurencji, jawności postępowania oraz powszechności dostępu wykonawców do zamówień finansowanych ze środków publicznych. Powyższa zasada wzmocniona jest postanowieniem art. 10 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie niż przetarg nieograniczony czy przetarg ograniczony, tylko w przypadkach określonych w tejże ustawie. Z powyższej zasady płynie istotna dyrektywa interpretacyjna, wedle której przepisy określające przesłanki stosowania nieprzetargowych trybów udzielania zamówień publicznych winny być interpretowane ściśle. Wykładnia tych przepisów winna być dokonywana z uwzględnieniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7-10 ustawy), w sposób pozwalający na możliwie najpełniejszą ich realizację. Oznacza to, iż zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego innego niż tryb przetargowy jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne zamówienia wpisują się ściśle w przesłanki dopuszczalności zastosowania określonego trybu szczególnego. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest rozwiązaniem wyjątkowym, możliwym do zastosowania tylko w okolicznościach wymienionych enumeratywnie w przepisach ustawy Pzp.

Zamawiający może zatem udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargowym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16 16/01).

Zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki, tj.:

- i. zamówienie dodatkowe zostanie udzielone dotychczasowemu wykonawcy,
- ii. zamówienie dodatkowe dotyczy usług lub robót budowlanych,
- iii. zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- iv. zamówienie dodatkowe nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- v. zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- vi. 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 poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zgodnie z literalnym rozumieniem ww. przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co potwierdza dokument przyjęty w dniu 17 listopada 2006 r. przez Komitet Europejski Rady Ministrów pn. „Wytuczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z

prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne. Nadto, 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 rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować. Zamówienie dodatkowe będzie więc występowało tylko wtedy, gdy bez jego wykonania niemożliwym będzie realizacja zamówienia podstawowego.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynikających z wyjaśnień Zamawiającego, udzielonych m.in. pismem z dnia 17 października 2016 r., wynika, co następuje:

1. wykonanie muru oporowego na odcinku 16,5 mb wraz z montażem ogrodzenia

- było wynikiem różnic poziomów pomiędzy projektowanym zagospodarowaniem terenu a terenem istniejącym.

2. zasilenie elektryczne bramy zewnętrznej,

- Zasilanie elektryczne bramy zewnętrznej - dokumentacja projektowa i kosztorysowa nie przewidywała zasilenia elektrycznego bramy w ogrodzeniu dla poprawnego funkcjonowania obiektu należało doprowadzić zasilanie do bramy.

3. przebudowa kanalizacji teletechnicznej wykonanej przez poprzedniego wykonawcę,

- Po dokonaniu odkrywek stwierdzono, że kanalizacja teletechniczna pomiędzy budynkiem CEM a muzeum została wykonana niezgodnie z dokumentacją techniczną. Zamiast 4 szt. rur o średnicy 100 mm ułożono 3 szt. rur o średnicy 40 mm. Ponadto zamontowano niewłaściwą studnię kablową (zbyt małą) SK1 zamiast projektowanej SK2, Studnia znajdowała się ok 2 m pod powierzchnią ziemi co całkowicie uniemożliwiało jej wykorzystanie. Wykonanie kolejnej studni zaniechano. W tej sytuacji zaproponowano roboty dodatkowe to znaczy wymianę tylko jednego odcinka kanalizacji przy wejściu do budynku oraz wymianę jednej studni na właściwą i dobudowę drugiej było najbardziej ekonomicznym rozwiązaniem dla inwestora. Wymagało to również rozebrania wjazdu z kostki granitowej i wykonania nowego wjazdu dostosowania do warunków istniejących.

4. wykonanie dodatkowego oprzewodowania rozdzielaczy co. oraz sterowników ogrzewania podłogowego, dodatkowego oprzewodowania sterowników klimakonwektorów, dodatkowego zasilenia i sterowania kurtyn powietrznych, dodatkowego oprzewodowania zasilenia i sterowania zaworami elektromagnetycznymi na inst. hydrantowej,

- spowodowane było całkowitym brakiem koordynacji pomiędzy branżami w dokumentacji projektowej i pominięciu tego zakresu robót w dokumentacji elektrycznej i przedmiarach projektowych.

5. Instalacja CCTV - zmiana systemu z analogowego na IP,

- zmiana ta była niezbędna, aby uniknąć wymiany całej kanalizacji teletechnicznej/kablowej z powodów opisanych w pkt 6 pozwoliło to zmniejszyć ilość kabli do wciągnięcia pomiędzy budynkami.

6. Zasilenie i sterowanie okien dachowych foyer,

- konieczność tych robót wynika z całkowitego braku koordynacji pomiędzy branżami w dokumentacji projektowej i pominięciu tego zakresu w dokumentacji elektrycznej i przedmiarach projektowych.

7. Przystosowanie sieci komputerowej oraz do WI-FI,

- roboty dodatkowe nie przewidziane w projekcie wykonane w celu podniesienia funkcjonalności obiektu.

8. Instalacja multimedialna w Sali koncertowej (zakres zgodny z przedmiotem zał. Nr 3) - okablowanie nagłośnienia konferencyjnego i scenicznego oraz okablowanie oświetlenia scenicznego w Sali koncertowej oraz okablowanie instalacji multimedialnej w Sali koncertowej,

- roboty dodatkowe wykonane w celu podniesienia funkcjonalności obiektu (w celu ograniczenia kosztów inwestycji z pierwotnego projektu poprzedni zarząd wycofał te prace).

9. Zmienny zakres instalacji SWiN po korekcie projektu (zakres zgodny z przedmiarem zał. nr 4),

- rozbudowa zakresu projektowego zmiana centrali głównej Integra 128 na Integra 256, zmiana ekspanderów na droższe oraz dodatkowe 8 szt zasilaczy buforowych.

10. Odwodnienie wody spod tarasu od strony południowej i zachodniej,

- było koniecznością wykonania podziemnego ruraru na skarpę.

11. Wykonanie zabudowy sufitu korytarza oraz części instalacji w piwnicach płytami g-k,

- projekt nie przewidywał, zabudowa sufitu poprawiła estetykę i funkcjonalność pomieszczeń w piwnicach.

12. Dostawa i montaż listwy wystawienniczej „szyna galeryjna” typu LUNA do wieszania eksponatów,

- dokumentacja projektowa nie przewidywała takiego systemu montażu i dla poprawnego funkcjonowania sali wystawowej należało go zamontować.

13. Konstrukcja do mocowania lamp oświetleniowych na Sali wystawowej,

- niezbędna była do wykonania, ponieważ poprzedni Wykonawca nie wykonał podkonstrukcji pod oświetlenie sali wystawienniczej co potwierdzone zostało przez biuro projektowe. Dokumentacja kosztorysowo – przedmiarowa nie zawierała tego elementu a należało go wykonać, aby można było zawiesić oprawy oświetleniowe.

14. Droga dojazdowa do bramy dla samochodów straży pożarnej z wykorzystaniem istniejącej trylinki,

- W kosztorysie inwestorskim i kosztorysie ofertowym firmy Poleksbud Trade nie ma pozycji droga dojazdowa do bramy jest tylko ogólna powierzchnia jezdni i chodników 567,136 m². Dnia 28 kwietnia 2010 roku pismem znak Fn. 0718/150/2010 kierowanym do Bulanda, Mucha -Architekci sp. z o.o. Starosta (...) zobowiązał się do wykonania drogi zlokalizowanej pomiędzy budową CEM a garażami na granicy działek nr ewid. 1839/12 i 1839/29 w Warce.

15. Przeniesienie szafy sterowniczej windy do piwnicy,

- pierwotne usytuowanie szafy sterowniczej w korytarzu ograniczało komunikację, dlatego należało ją przenieść do piwnicy.

16. Demontaż i ponowny montaż ścieżki chodnika,

- Zakres prac związany był z rozbiórką i ponownym ułożeniem części kostki od strony głównej drogi do muzeum (wykonanej przez firmę Limba realizującą inwestycje parkową). Droga główna do Muzeum po ułożeniu kostki znacznie się podniosła. Różnica poziomów pomiędzy drogą do muzeum a działką, na której wybudowano CEM i całą jego infrastrukturę była przyczyną demontażu i ponownego montażu ścieżki chodnika.

17. Montaż wylazu na strych do wyjścia technicznego na poddasze,

- Właz na strych (przy windzie w budynku administracyjnym) do wyjścia technicznego nie był ujęty w kosztorysie inwestorskim oraz w kosztorysie oferenta, ze względów technicznych tj. prace wykonano w celu zapewnienia dostępu do instalacji czujek p/pož., instalacji doprowadzającej ciepło do klimakonwektorów, zaworów inst. sanitarnej.

18. Montaż profili ościeżnicowych do montażu ścianek.

- W kosztorysie inwestorskim oraz ofertowym nie przewidziano montażu profili ościeżnicowych do montażu ścianek do mocowań zabudów. Dla poprawnego zamontowania ścianek drewnianych w ścianach z płyt g-k należało dodatkowo wzmocnić wykonane ścianki w miejscach montażu drewnianych ram ścianek drewnianych. Zakres prac w protokole konieczności został podpisany przez Inspektora Nadzoru.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W ocenie Prezesa Urzędu ww. prace objęte Umową, w świetle wyjaśnień Zamawiającego miały charakter robót podnoszących funkcjonalność i estetykę obiektu, a ich wykonanie nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego lub nie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (patrz: pkt 2, 4, 6, 7, 8, 11, 14, 15, 16). Jak wskazują wyjaśnienia Zamawiającego część z ww. prac była spowodowana błędami w nadzorze nad realizacją zamówienia przez wykonawcę projektującego obiekt (patrz: pkt 4, 6, 7, 12, 13, 18) lub stanowiła wynik błędów w nadzorze nad wykonawstwem robót budowlanych, których dopuścił się poprzedni Wykonawca (patrz: pkt 3, 5).

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że w kontrolowanej sprawie nie mamy do czynienia z przypadkiem, w którym udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki miałoby posłużyć do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego lub których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji wcześniej niemożliwej do przewidzenia. Sytuacja tego rodzaju nie zachodzi bowiem, gdy zamówienie podstawowe może być realizowane w pełnym zakresie i prawidłowo bez potrzeby udzielania dalszych zamówień. Biorąc pod uwagę zakres rzeczowy zamówienia podstawowego należy dojść do wniosku, że nie istnieje zależność pomiędzy ww. zamówieniem a zamówieniem podstawowym, jeżeli prace służą wyłącznie poprawie estetyki lub funkcjonalności obiektu. Należy stwierdzić, że zakres udzielanego zamówienia wskazuje, że wykonanie tego zamówienia jest odrębnym zamówieniem publicznym, które polegało na polepszeniu parametrów budynku realizowanego w ramach zamówienia podstawowego i nie było funkcjonalnie powiązane z jego realizacją. W przedstawionym stanie faktycznym mamy do czynienia z zamówieniem, które nie było niezbędne do zrealizowania zamówienia podstawowego. Jak wskazał Prezes UZP na

marginesie do takich wniosków faktycznych doszła również w Wystąpieniu pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli, Delegatura w Warszawie, w kontroli numer S/16/003 - „Prawidłowość zlecenia robót uzupełniających i dodatkowych przy realizacji zamówienia pn. Budowa Centrum Edukacyjno - Muzealnego przy Muzeum im, Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem”; (...) w ogłoszeniu o zamówieniu na dokończenie budowy CEM w Warce nie przewidziano udzielenia zamówień uzupełniających, co wskazuje, że przedmiot zamówienia podstawowego obejmował roboty niezbędne do wykonania zadania. Również wykonawca, składając ofertę i zawierając umowę na dokończenie ww. budowy, nie kwestionował możliwości wykonania tego zadania w całości. Biorąc pod uwagę fakt, że sporządzony przez niego protokół konieczności oraz umowa z dnia 28 maja 2015 r. na roboty uzupełniające dotyczy głównie robót zamiennych lub podnoszących funkcjonalność i estetykę obiektu, groźba niewykonania zamówienia podstawowego była mało realna i, w ocenie NIK, służyła uzasadnieniu konieczności wykonania tych robót.

Zatem, w okolicznościach faktycznych oraz prawnych niniejszej sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wobec powyższego ww. prace powinny zostać udzielone przez Zamawiającego w jednym z podstawowych trybów, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Publikacji Unii Europejskiej.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający - Starostwo Powiatowe w Grójcu - zawierając w dniu 28 maja 2015 r. Umowę na roboty uzupełniające udzielił zamówienia publicznego Wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 10 ust. 1 oraz art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W Informacji o wyniku kontroli została zawarta informacja, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

W treści przywołanej wyżej Informacji wynika, że Prezes UZP stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp związane z brakiem stosowania przepisów tej ustawy do udzielenia zamówienia na roboty uzupełniające/dodatkowe.

Informacja o wyniku kontroli została doręczona Zamawiającemu z dnia 07.08.2017 r.

Zastrzeżenia zamawiającego

Zamawiający w dniu 14.08.2017 r., a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający podniósł, że w odpowiedzi na pismo z dnia 03.08.2017 r. (data wpływu do Starostwa Powiatowego w Grójcu 07.08.2017 r.) - znak sprawy UZP/DKD/PWKZ/421/1(8)/17/KK, KND/1/17DKD, dot. Informacji o wynikach kontroli doraźnej, powołując się na art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 20014. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U z 2015 r. poz.2164 ze zm.), że wnosi zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w zakresie udzielenia zamówienia publicznego mającego za przedmiot umowy roboty uzupełniające dotyczące zadania: Budowa Centrum Edukacyjno - Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem. Stan faktyczny sprawy:

Wykonanie robót budowlanych związanych z Budową ww. Centrum było złożonym procesem, obarczonym licznymi uchybieniami, zaniedbaniami, skutkujące niewywiązaniem się wykonawcy z warunków umowy, zawartej pierwotnie w dniu 02.12.2011 r. i w efekcie końcowym odstąpieniem w dniu 28.05.2013 r. przez Starostwo od umowy. W związku z koniecznością dokończenia przedmiotowej inwestycji, po przeprowadzeniu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w drodze przetargu nieograniczonego w dniu 16.05.2014 r. podpisano umowę na dokończenie ww. inwestycji. Faktem jest, iż dokumentacja przetargowa nie zawierała zapisów dot. możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na fakt, że inwestycja realizowana była w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, koniecznym było podjęcie działań naprawczych w sytuacji nadzwyczajnej, umożliwiających zakończenie i rozliczenie ww. projektu w terminie, zgodnie z umową o dofinansowanie. W wyniku ww. działań w dniu 28.05.2017 r. podpisano kolejną umowę na roboty uzupełniające, inwestycja została zakończona i rozliczona w terminie, do dnia 30.12.2015 r.

Zastrzeżenia w zakresie prac objętych umową z dnia 28.05.2015 r. na roboty uzupełniające, (obejmujące pkt 1-18; str. 8-12 informacji o wyniku kontroli doraźnej), zarzut Prezesa UZP, tj. kwalifikacja prac objętych umową jako charakteru robót podnoszących funkcjonalność i estetykę obiektu - podtrzymujemy, iż ich wykonanie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Ponadto, należy zwrócić uwagę na okoliczności zawarcia umowy, które naszym zdaniem zostały nieprawidłowo ocenione, a miały znaczący wpływ na terminowość zakończenia realizacji inwestycji i prawidłowe funkcjonowanie obiektu, zgodnie z jego przeznaczeniem. Jednocześnie pomyłkowo

sformułowany został zapis dotyczący robót uzupełniających, a w rzeczywistości zostały wykonane roboty dodatkowe.

Zamawiający w przekazanych zastrzeżeniach podniósł, że podejmując decyzję o realizacji ww. robót, działał w obronie interesu publicznego, w świetle zaistniałej nadzwyczajnej sytuacji, gdyż nie wykonanie tych robót skutkowałoby brakiem kompleksowego odbioru inwestycji, a zatem nie rozliczeniem w odpowiednim terminie środków publicznych oraz UE. Dodatkowo, działania naprawcze, przeprowadzone przez Starostę, były podyktowane bezwzględną koniecznością kontynuacji procesu inwestycyjnego, zapoczątkowanego przez poprzedniego Starostę, dlatego też bardzo ważne jest, aby przy globalnej ocenie sprawy, wziąć pod uwagę wszystkie działania związane z przedmiotową inwestycją, poczynwszy od dnia podpisania pierwszej umowy tj. 02.12.2011 r., a nie tylko tej ostatniej z 28.05.2015 r. Zamawiający podkreślił również, że Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przychyliła się do złożonych wyjaśnień w ww. zakresie. Zamawiający zwrócił się zatem z uprzejmą prośbą o uwzględnienie ww. wyjaśnień w podejmowaniu decyzji w zakresie ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy.

Odpowiedź na zastrzeżenia

W odpowiedzi na pismo z dnia 9 sierpnia 2017 r. (wpływ do Urzędu w dniu 14 sierpnia 2017 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 sierpnia 2017 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie udzielenia przez Zamawiającego Starostwo Powiatowe w Grójcu zamówienia publicznego mającego za przedmiot roboty uzupełniające dotyczące zadania pn.: Budowa Centrum Edukacyjno - Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem, Prezes UZP poinformował, że nie uwzględnia zastrzeżeń w nich zawartych.

Wnoszący zastrzeżenia - Starostwo Powiatowe w Grójcu - zakwestionował stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 sierpnia 2017 r. naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art 10 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na udzieleniu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezastosowanie podstawowych trybów udzielania zamówienia
- oraz w konsekwencji naruszenia art. 10 ust. 1 ustawy Pzp naruszenie odpowiednio art. 40 i nast. ustawy Pzp lub art. 48 i nast. ustawy Pzp1, poprzez niezastosowanie przepisów właściwych dla podstawowych trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony/ograniczony) w sytuacji, gdy nie zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach podtrzymał, że wykonanie prac objętych umową z dnia 28 maja 2015 r. na roboty uzupełniające było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że znaczący wpływ na terminowość zakończenia realizacji inwestycji i prawidłowe funkcjonowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem miały okoliczności zawarcia umowy.

Zamawiający wskazał, że: „wykonanie robót budowlanych związanych z Budową ww. Centrum było złożonym procesem, obarczonym licznymi uchybieniami, zaniedbaniami, skutkujące niewywiązaniem się wykonawcy z warunków umowy, zawartej pierwotnie w dniu 10.12.2011 r. i w efekcie końcowym odstąpieniem w dniu 28.05.2013 r. przez Starostwo od umowy. W związku z koniecznością dokończenia przedmiotowej inwestycji (...) w dniu 16.05.2014 r. odpisano umowę na dokończenie ww. inwestycji. "Jak zaznaczył Zamawiający „Faktem jest, iż dokumentacja przetargowa nie zawierała zapisów dot. możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 617 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na fakt, że inwestycja realizowana była w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, koniecznym było podjęcie działań naprawczych w sytuacji nadzwyczajnej, umożliwiających zakończenie i rozliczenie ww. projektu w terminie, zgodnie z umową o dofinansowanie."

We wniesionych zastrzeżeniach, Zamawiający stwierdził również, że zapis dotyczący robót uzupełniających sformułowany został omyłkowo, w rzeczywistości wykonane zostały roboty dodatkowe. Podkreślił, że w zaistniałej nadzwyczajnej sytuacji, podjęcie decyzji o realizacji wskazanych robót było działaniem w obronie interesu publicznego, gdyż ich niewykonanie byłoby równoznaczne z brakiem kompleksowego odbioru inwestycji i z nierozliczeniem w odpowiednim terminie środków publicznych oraz UE.

Odnosząc się do ww. zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach z dnia 9 sierpnia 2017 r. nie kwestionuje stanu faktycznego ustalonego przez Prezesa UZP w przedmiotowej kontroli doraźnej, w tym okoliczności, że prace objęte Umową zostały wykonane przed zawarciem tejże Umowy, jak również faktu, iż ww. zamówienie zostało udzielone Wykonawcy POLEKSUBUD TRADE Sp. z o.o. z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji braku wyłączenia ustawy, a więc m.in. bez zachowania zasad przejrzystości wyrażającej się na przykład w obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Prezes UZP podkreślił, że przywołana przez Wnoszącego zastrzeżenia okoliczność, iż podejmując decyzję o realizacji ww. robót działał „w obronie interesu publicznego (...), gdyż nie wykonanie tych robót skutkowałoby brakiem kompleksowego odbioru inwestycji, a

zatem nie rozliczeniem w odpowiednim terminie środków publicznych oraz UE" nie mieście się w żadnym z przypadków z zakresu wyłączeń określonych w przepisie art. 4 ustawy Pzp. Zatem, jeżeli ww. umowa stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu definicji ustawowej zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, czego Zamawiający również nie kwestionuje, a co wykazała zakończona kontrola, to należy uznać, że bez wątplenia w ustalonym stanie faktycznym oraz prawnym doszło do naruszenia przez Zamawiającego wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasady udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zaznaczyć należy, że realizacja obowiązku stosowania ustawy przy dokonywania zakupów publicznych przez podmioty do tego zobowiązane nie stoi w sprzeczności z interesem publicznym. W interesie publicznym jest bowiem, aby wydatkowanie środków publicznych, w tym zawieranie umów w sprawie zamówienia, następowało z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości procedury udzielania zamówienia, a więc z zastosowaniem przepisów ustawy. Stąd proces inwestycyjny powinien w pełni uwzględniać wymóg stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy zachodzi ustawowy obowiązek, bez względu na trudności z jakimi ten przebiega. Wobec powyższego podniesiona przez Wnoszącego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej okoliczność, że realizacja prac w ramach przedmiotowej Umowy umożliwiła zakończenie i rozliczenie ww. projektu w terminie, nie może mieć znaczenia dla oceny prawnej sformułowanej przez Prezesa Urzędu w ramach zakończonej kontroli udzielenia zamówienia, której celem stosownie do przepisu art. 161 ust. 2 ustawy Pzp jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie sposób zgodzić się z reprezentowanym w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym wykonanie prac było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W szczególności wobec faktu, że Zamawiający nie zakwestionował, iż prace wymienione w Umowie z 28 maja 2015 r. służyły głównie poprawie estetyki lub funkcjonalności obiektu.

Do takich zaś wniosków prowadzi zarówno treść „Protokołu konieczności na wykonanie robót uzupełniających”, spisanego w dniu 23 maja 2015 r. przez przedstawicieli Zamawiającego, Wykonawcy, a także kierownika budowy oraz inspektora nadzoru, jak również zbieżne z nią wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 marca 2016 r. oraz 17 października 2016 r. Odnosząc się do treści ww. dokumentacji kontroli należy wskazać, że w przypadku:

- 1) zasilenia elektrycznego bramy zewnętrznej - nie było ono przewidziane w dokumentacji zamówienia podstawowego, a wykonanie tych robót zostało wykonane na „prośbę Inwestora w celu poprawnego funkcjonowania obiektu”. W tym miejscu należy zauważyć, że wykonanie

zasilenia elektrycznego nie służyło zapewnieniu poprawnego funkcjonowania obiektu, gdyż bez jego wykonania obiekt Centrum Edukacyjno - Muzealnego mógł funkcjonować.

2) wykonanie dodatkowego przewodowania rozdzielaczy co. oraz sterowników ogrzewania podłogowego, dodatkowego przewodowania sterowników klimakonwektorów, dodatkowego zasilenia i sterowania kurtyn powietrznych, dodatkowego przewodowania zasilenia i sterowania zaworami elektromagnetycznymi na inst. Hydrantowej - de facto nie uzasadnia dlaczego bez realizacji ww. prac zamówienie podstawowe nie może funkcjonować. Za przyczynę taką nie może zostać uznany całkowity brak koordynacji pomiędzy branżami w dokumentacji projektowej i pominięcie tego zakresu robót w dokumentacji elektrycznej i przedmiarach projektowych czy akceptacją prac przez Inspektora Nadzoru.

3) zasilania i sterowania okien dachowych foyer - faktycznie nie uzasadniono dlaczego bez realizacji ww. prac zamówienie podstawowe nie może funkcjonować. Za taką przyczynę nie można uznać całkowitego braku koordynacji pomiędzy branżami w dokumentacji projektowej i pominięcie tego zakresu robót w dokumentacji elektrycznej i przedmiarach projektowych czy akceptację prac przez Inspektora Nadzoru.

4) przystosowania sieci komputerowej do WI-Fi - pozycja ta nie była przewidziana w dokumentacji zamówienia podstawowego, w uzasadnieniu natomiast wykonanie jej tłumaczy się podniesieniem funkcjonalności obiektu, a więc poprawieniem parametrów zamówienia podstawowego, co oznacza, że Umowa rozszerza zakres zamówienia podstawowego o elementy, bez których zamówienie podstawowe mogło funkcjonować.

5) instalacji multimedialna w sali koncertowej - okablowanie nagłośnienia konferencyjnego i scenicznego oraz okablowanie w Sali koncertowej oraz okablowanie instalacji multimedialnej w Sali koncertowej - wskazano, że roboty te „były wnioskowane przez Inwestora w celu podniesienia funkcjonalności obiektu” oraz tym, że ww. prace poprzedni zarząd Starostwa wycofał z pierwotnego projektu w celu ograniczenia kosztów inwestycji. Powyższe nakazuje przyjąć, że obiekt Centrum Edukacyjno - Muzealnego, w kształcie określonym przez dokumentację zamówienia podstawowego, mógł funkcjonować bez rozszerzenia zakresu zamówienia o realizację ww. instalacji.

6) wykonania zabudowy sufitu korytarza oraz części instalacji w piwnicach płytami g-k - wskazano, że realizacja prac tych podyktowana była znaczącym wpływem na estetykę i funkcjonalność pomieszczeń w piwnicach. W ocenie Urzędu brak wykonania ww. prac nie decydował o realizacji zamówienia podstawowego.

7) drogi dojazdowej do bramy dla samochodów straży pożarnej z wykorzystaniem istniejącej trylinki - nie uzasadniono wskazując wyłącznie, że ww. droga dojazdowa nie była przewidziana w kosztorysie inwestorskim i kosztorysie ofertowym firmy Poleksbud Trade, dodając, że pozycję w protokole konieczności podpisał Inspektor Nadzoru.

8) przeniesienia szafy sterowniczej windy do piwnicy - wskazano, że pierwotne usytuowanie szafy sterowniczej w korytarzu ograniczało komunikację, dlatego należało ją przenieść do piwnicy. Powyższe nakazuje uznać, że ww. prace zostały wykonane zgodnie z pierwotnym projektem, a brak ich wykonania nie uniemożliwiał realizacji zamówienia podstawowego.

9) demontażu i ponownego montażu ścieżki chodnika - wskazano, że Zakres prac związany był z rozbiórką i ponownym ułożeniem części kostki od strony głównej drogi do muzeum (wykonanej przez firmę Limba realizującą inwestycje parkową). Droga główna do Muzeum po ułożeniu kostki znacznie się podniosła. Różnica poziomów pomiędzy drogą do muzeum a działką, na której wybudowano CEM i całą jego infrastrukturę była przyczyną demontażu i ponownego montażu ścieżki chodnika.

Treść opisu pozycji z uzasadnienia konieczności wykonania wskazuje wprost, że ww. roboty były objęte zamówieniem podstawowym i zostały wcześniej zrealizowane przez wykonawcę („Zakres prac związany był z rozbiórką i ponownym ułożeniem części kostki od strony głównej drogi do muzeum'y. Zamawiający m.in. wyjaśnił w piśmie z dnia 17 października 2016 r. (znak: FN. 1710.3.2016), że: „W kosztorysie inwestorskim i kosztorysie ofertowym firmy Poleksbud Trade nie ma pozycji droga dojazdowa do bramy jest tylko ogólna powierzchnia jezdni i chodników 567,136 m²". Konieczność ponownego wykonania ww. prac wynikała więc z błędów popełnionych przy realizacji zamówienia podstawowego w tym z błędów w nadzorze nad realizacją tego zamówienia. Zgodnie z treścią przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia przedmiotowej Umowy, za zamówienie dodatkowe nie mogły zostać uznane roboty objęte zamówieniem podstawowym, którym, jak wskazuje treść wyjaśnień Zamawiającego oraz dokumentacja sprawy, objęty był przedmiotowy montaż ścieżki chodnika.

Wymaga wskazać także prace wymienione w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. roboty opisane w protokole konieczności jako „przebudowa kanalizacji teletechnicznej wykonanej przez poprzedniego wykonawcę”.¹⁰ Zgodnie z treścią uzasadnienia roboty te zostały zrealizowane w ramach Umowy z dnia 28 maja 2015 r. ponieważ: Po dokonaniu odkrywek stwierdzono, że kanalizacja teletechniczna pomiędzy budynkiem CEM a muzeum została wykonana niezgodnie z dokumentacją techniczną. Zamiast 4 szt rur o średnicy 100 mm ułożono 3 szt. rur o średnicy 40 mm. Ponadto zamontowano niewłaściwą studnię kablową (zbyt małą) SK1 zamiast projektowanej SK2. Studnia znajdowała się ok 2 m pod powierzchnią ziemi co całkowicie uniemożliwiało jej wykorzystanie. Wykonanie kolejnej studni zaniechano. W tej sytuacji zaproponowano roboty dodatkowe to znaczy wymianę tylko jednego odcinka kanalizacji przy wejściu do budynku oraz wymianę jednej studni na właściwą i dobudowę drugiej było najbardziej ekonomicznym rozwiązaniem dla inwestora. Wymagało to również rozebrania wjazdu z kostki granitowej i wykonania nowego wjazdu dostosowania do warunków istniejących.

Powyższe uzasadnienie wskazuje, że ww. roboty polegające na wykonaniu kanalizacji teletechnicznej między budynkiem Centrum Edukacyjno - Muzealnym a Muzeum były objęte zamówieniem podstawowym i zostały wcześniej błędnie zrealizowane przez wykonawcę. Zgodnie z treścią przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia przedmiotowej Umowy, za zamówienie dodatkowe nie mogły zostać uznane roboty objęte zamówieniem podstawowym.

10 Zgodnie z umową wartość prac polegających na przebudowie kanalizacji teletechnicznej wykonanej przez poprzedniego wykonawcę wynosi 22 784,97 zł netto.

Tak więc należy stwierdzić, że przekazana przez Zamawiającego dokumentacja oraz udzielone wyjaśnienia nie wykazały, aby wykonanie przedstawionych prac było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia¹¹ i aby nie były to roboty budowlane objęte zamówieniem podstawowym. Mając na uwadze zakres wykonanych prac stwierdzić należy, że wykonanie tego zamówienia było odrębnym zamówieniem publicznym służącym polepszeniu parametrów budynku realizowanego w ramach zamówienia podstawowego i nie było powiązane z jego realizacją.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podkreślił, że podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zastosowanie trybu udzielenia zamówienia innego niż tryb przetargowy jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne zamówienia wpisują się ściśle w przesłanki dopuszczalności zastosowania określonego trybu szczególnego. W związku z powyższym, udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, czyli takim jego wykonaniem, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne.

Zatem, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający zawierając Umowę z dnia 28 maja 2015 r. na roboty budowlane pominął przepisy ustawy Pzp. Ponadto jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, roboty objęte tą umową zostały wykonane przed zawarciem tej umowy. Tym samym zawarcie w dniu 28 maja 2015 r. umowy nie było wynikiem procedury zamówieniowej, lecz służyć miało daniu podstawy prawnej do zapłaty za wykonane wcześniej roboty budowlane nie objęte zakresem umowy podstawowej z dnia 16 maja 2014 r.

We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający dodatkowo również podniósł, że „działania naprawcze (...) były podyktowane bezwzględną koniecznością zapoczątkowanego koniecznością kontynuacji procesu inwestycyjnego, zapoczątkowanego przez poprzedniego Starostę, dlatego też bardzo ważne jest, aby przy globalnej ocenie sprawy, wziąć pod uwagę wszystkie działania związane z przedmiotową inwestycją, począwszy od dnia podpisania pierwszej umowy tj. 02.12.2011 r., a nie tylko tej ostatniej z 28.05.2015 r.". Powyższe

stwierdzenie nie zmienia faktu, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający udzielając ww. zamówienia nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tj.

- i. zamówienie dodatkowe zostanie udzielone dotychczasowemu wykonawcy,
- ii. zamówienie dodatkowe dotyczy usług lub robót budowlanych,
- iii. zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- iv. zamówienie dodatkowe nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- v. zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- vi. 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 poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Szerzej o braku zaistnienia powyższych przesłanek w stosunku do zakresu robót objętych umową z dnia 28 maja 2015 r. odniesiono się na str. 7-9 niniejszego pisma.

Należy również podkreślić, że wartość wynagrodzenia udzielonego Wykonawcy przekraczała równowartość 30 000,00 euro, a przepisy obowiązujące w chwili zawierania niniejszej umowy nie przewidywały regulacji wyłączającej jej stosowanie w przypadku prac objętych ww. zamówieniem.

W związku z tym, zamówienie powinno zostać udzielone w jednym z podstawowych trybów, a ogłoszenie powinno zostać zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Publikacji Unii Europejskiej.

Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 sierpnia 2017 r. naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, w tym art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Na zakończenie Prezes UZP poinformował Zamawiającego, iż stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP i zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumenty uznając je za własne. Stanowisko Prezesa UZP znajduje w pełni oparcie w przepisach, jak również w przywołanym orzecznictwie oraz zawiera pełne i kompleksowe ustalenia stanu faktycznego. Co istotne poczynione przez Prezesa UZP ustalenia faktyczne nie były kwestionowane przez Zamawiającego – zatem nie stanowiły one elementu sporu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wydatkowanie środków publicznych, a za takie należy również uznać środki pochodzące z funduszy strukturalnych UE, winno odbywać się z zastosowaniem określonych procedur, w tym w szczególności przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Następnie wskazać należy, co niezwykle istotne dla niniejszej sprawy, iż ze zgromadzonego materiału i dokumentacji wynika, że Zamawiający dokonał ustnego zlecenia do wykonania określonych robót budowlanych na rzecz wykonawcy POLEKSUBUD TRADE Spółka z o.o. a następnie potwierdził powyższe zlecenie podpisując w dniu 28 maja 2015 r. umowę (z określonym w niej na dzień 15 czerwca 2015 r. terminem realizacji), co jednocześnie w tym samym dniu poskutkowało wystawieniem przez ww. spółkę faktury nr 15-FVS/0103 na kwotę 254.722,69 złotych brutto z terminem płatności do dnia 3 czerwca 2015 r.

Już tylko te okoliczności wskazują, że Zamawiający nie zastosował przy wydatkowaniu ww. środków i zleceniu określönemu podmiotowi realizacji objętych umową z dnia 28 maja 2015 r. robót żadnych procedur, w tym przed wykonaniem robót nie zawarł umowy o roboty budowlane we właściwej formie (vide art. 648 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp).

Nie ulega żadnym wątpliwości, że wartość szacunkowa zleconych dodatkowych prac przekraczała równowartość kwoty 30 000 euro – zatem Zamawiający winien był obligatoryjnie dokonać zlecenia prac dodatkowych w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo nie wykazując spełnienia dla tego zamówienia przesłanek umożliwiających zastosowanie któregośkolwiek z trybów niekonkurencyjnych był on zobligowany do zastosowania jednego z trybów podstawowych – uregulowanych w art. 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej we wniesionych zastrzeżeniach Izba wskazuje, że organy publiczne, w tym jednostki samorządu terytorialnego oprócz realizacji swoich statutowych zadań są zobligowane przy ich realizacji, na mocy przepisów o finansach publicznych i przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, do wydatkowania tych środków w ściśle sformalizowany sposób gwarantujący zarówno przejrzystość, jak również racjonalność, osiągnięcie zamierzonych wyników

ekonomicznych, zaś w przypadku prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego gwarantującego zachowanie zasady jawności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dopiero przy spełnieniu tych wszystkich elementów możemy mówić, iż realizacja określonego zamierzenia inwestycyjnego została zrealizowana z pełnym uwzględnieniem interesu publicznego. Sama strona przedmiotowa działalności organu władzy publicznej lub jednostki samorządu terytorialnego (polegająca np. na zrealizowaniu określonego obiektu użyteczności publicznej) nie jest wystarczająca dla uznania, że działania te są zgodne z interesem publicznym. W interesie publicznym leży bowiem nie tylko doprowadzenie określonego zamierzenia inwestycyjnego do końca, lecz realizacja tego zamierzenia w zgodzie z wszelkimi innymi zasadami, w tym wydatkowaniem środków publicznych w zgodzie z regulacjami dotyczącymi finansów publicznych, zaś przy ich określonej wartości, przy respektowaniu zasad i regulacji systemu zamówień publicznych. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w interesie publicznym leży również aby każda działalność organów władzy publicznej, czy też jednostek samorządu terytorialnego, pozostawała w zgodzie z przepisami prawa pracy, praw własności, ochrony środowiska, regulującymi prawa zwierząt jak również ochrony wód i przyrody. W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z sytuacją, że realizacja celu publicznego, godziłaby w indywidualne prawa innych osób, degradowała środowisko lub umożliwiałyby wydatkowanie środków publicznych w sposób nieracjonalny z ekonomicznego punktu widzenia.

Co znamienne Zamawiający zdaje się zapominać, przedstawiając swoją argumentację w ramach wniesionych zastrzeżeń, iż za skuteczne i prawidłowe wydatkowanie środków UE należy uznać takie ich wydatkowanie, które pozostaje w zgodzie w unijnymi regulacjami w tym zakresie i implementującymi te regulacje do krajowego porządku prawnego regulacje prawa krajowego – za które, co istotne, należy uznać w szczególności regulacje z obszaru zamówień publicznych.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli w zakresie prawidłowości zlecenia wykonawcy POLEKSBU TRADE Spółka z o.o. wykonania robót bez względu na to, czy Zamawiający traktował te roboty jako dodatkowe, czy też uzupełniające. Jest to wynikiem faktu, że do zlecenia ww. wykonawcy dodatkowego zakresu prac doszło bez zastosowania jakichkolwiek wymogów formalnych, w tym do zawarcia umowy cywilnoprawnej doszło w istocie *post factum* aby uzasadnić wystawienie przez ten podmiot faktury i wypłatę w oparciu o nią wynagrodzenia.

Przy tak zakreślonym stanie faktycznym doszło zatem do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp oraz do naruszenia art. 10 ust. 1, art. 40 i art. 48 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w całym zakresie, co w odniesieniu do zarzutu naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....