

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
z dnia 30 grudnia 2015 r.

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

Gmina Wałbrzych, Pl. Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak: KND/27/15/DKD

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

Wykonanie robót dodatkowych określonych jako Projekt: „Rewitalizacja budynku nr 3” usytuowanego przy ul. Wysockiego nr 29 w Wałbrzychu, obręb nr 18 Biały Kamień, działka nr 218 w ramach zadania Inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia”; POIS.11.01.00-00-005/0 w ramach działania 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytet XI Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Anna Packo
Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2015 r. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 listopada 2015 r. uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Wałbrzych w Wałbrzychu udzieliła zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, powołując się na przesłankę opisaną w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp). Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót dodatkowych określonych jako projekt: „Rewitalizacja budynku nr 3” usytuowanego przy ul. Wysockiego nr 29 w Wałbrzychu, obręb nr 18 Biały Kamień, działka nr 218 w ramach zadania Inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia”; POIS.11.01.00-00-005/0 w ramach działania 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytet XI Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W uzasadnieniu powyższej informacji stwierdzono, co następuje:

Przedmiotowe zamówienie zostało udzielone jako zamówienie dodatkowe do zamówienia podstawowego na Wykonanie robót budowlanych w obiektach nr 7, 8, 9 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia POIS.11.01.00-00-005/0 w ramach działania 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytet XI Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013”.

Z dokumentacji przekazanej w toku postępowania wyjaśniającego oraz w toku kontroli wynika, że Zamawiający w dniu 18 lipca 2013 r. udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie robót dodatkowych w obiektach nr 7, 8, 9. W uzasadnieniu faktycznym wyboru trybu postępowania Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są „roboty budowlane niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, nieprzekraczające 50% zamówienia podstawowego, których wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Roboty te były nieprzewidywalne na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Umowa na zamówienie dodatkowe zostanie podpisana z dotychczasowym wykonawcą robót

po przeprowadzonych negocjacjach”

Zamawiający jako podstawę prawną powołał **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.**

Wartość szacunkowa zamówienia na roboty dodatkowe została ustalona na kwotę 610.608,90 zł, co stanowiło równowartość 151.883,00 euro – wartość zamówienia na roboty dodatkowe stanowiła 5,6 % wartości umownej realizowanego zamówienia podstawowego.

W okresie od 3 stycznia 2013 r. do 13 maja 2013 r. sporządzono 16 protokołów konieczności dotyczących prac objętych zamówieniem dodatkowym. Naruszenia stwierdzono w 10 poniżej wskazanych protokołach:

- 1.1. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-014/bud 7 PK z dnia 26 marca 2013 r., którego przedmiotem była **zmiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej i drzwiowej**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty nie rozwiązywał szeregu problemów związanych z zabezpieczeniem p.poż budynków. W wyniku przeglądu budynków z udziałem rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń p.poż. sporządzono protokół, w którym stwierdzono konieczność podwyższenia klasy odporności ogniowej stolarki okiennej i drzwiowej w budynku nr 7. W odpowiedzi na RFI nr 011/7/b/bm Projektant przekazał zamienny rysunek zestawczy okien i drzwi stanowiący podstawę do przygotowania i wydania protokołu konieczności nr PK 14. W wyniku ponownego przeglądu stref pożarowych w dniu 7 marca 2013 r. sporządzono notatkę zawierającą m.in. ustalenia dotyczące stolarki p.poż. Zgodnie z tymi ustaleniami ilość koniecznych zmian stolarki na EI 60 jest znacząco mniejsza w stosunku do ww. rysunku przekazanego przez Projektanta. W związku z tym sporządzono niniejszą rewizję poprzednio wydanego protokołu konieczności. Powyższych prac nie można było przewidzieć na etapie przetargu i w związku z tym nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.2. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-062/bud 8 PK z dnia 7 maja 2013 r., którego przedmiotem był **demontaż grzejników i obudowa szafek hydrantowych podtynkowych**, wskazano, że „w związku z decyzją o zmianie grzejników FAVIERA na grzejniki płytowe w pomieszczeniach biurowych i socjalnych (zgodnie z projektem zamiennym w zakresie instalacji sanitarnych), zachodzi konieczność demontażu grzejników zamontowanych wcześniej w tych pomieszczeniach. Ponadto zgodnie z wpisem inspektora do Dziennika Budowy z dnia 20 marca 2013 r. należy wykonać – na wniosek Użytkownika – szafki hydrantowe podtynkowe a nie natynkowe jak przewidziano w projekcie wykonawczym. Powyższe prace nie występowały w dokumentacji i nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.3. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-063/bud 8 PK z dnia 15 kwietnia 2013 r., którego przedmiotem było **docieplenie ścian kanału**

zewnątrznego osie 3-5/A-B, wskazano, iż „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty nie przewidywał wykonania izolacji termicznej w obrębie ślepego kanału w osiach 3-5/A-B. Zgodnie z wpisem inspektora nadzoru do Dziennika Budowy z marca 2012 r. w kanale tym należy wykonać izolację przeciwwodną systemową oraz ocieplenie styrodurem gr. 10 cm analogicznie jak zaprojektowano dla pozostałych ścian budynku nr 8. Powyższe prace nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.

- 1.4. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-065/bud 8 PK z dnia 13 maja 2013 r., którego przedmiotem było **docieplenie ścian płytami klimatycznymi**, wskazano, że „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty przewidywał wykonania izolacji termicznej ścian zewnętrznych od wewnątrz klatki schodowej w osiach 4-6. Zgodnie z wpisem inspektora nadzoru do Dziennika Budowy z dnia 22 listopada 2012 r. na klatce schodowej należy wykonać izolację od wewnątrz płytami klimatycznymi w obrębie wieży. Powyższe prace nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.5. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-056/bud 8 PK z dnia 20 lutego 2013 r., którego przedmiotem było **wykonanie tablicy rozdzielczej kotłowni gazowej oraz głównego wyłącznika prądu w budynku nr 8**, wskazano, że „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty nie przewidywał odrębnej tablicy rozdzielczej do kotłowni gazowej w budynku nr 8 oraz głównego wyłącznika prądu. W związku z tym, że elementy te wymagane są przepisami zachodzi konieczność wykonania ich w ramach robót dodatkowych. Powyższe prace nie występowały w dokumentacji i nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.6. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-060/bud 8 PK z dnia 9 kwietnia 2013 r., którego przedmiotem były **kraty zabezpieczające okna kotłowni gazowej budynku nr 8**, wskazano, że „W pomieszczeniu kotłowni gazowej zlokalizowanej w piwnicy w poziomie – 2,5 m poniżej terenu występują 3 okna. Dla zabezpieczenia przed złodziejami konieczne jest wykonanie stalowych krat okiennych zamykanych na kłódki – zgodnie z wpisem inspektora nadzoru z dnia 23 sierpnia 2012 r. do Dziennika Budowy. Powyższe prace nie były uwzględnione w projekcie i ofercie Wykonawcy”.
- 1.7. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-061/bud 8 PK z dnia 15 kwietnia 2013 r., którego przedmiotem było **pogrubienie tynków renowacyjnych i zwykłych w budynku nr 8**, wskazano, że „Projekt wykonawczy przewidywał wykonanie w budynku nr 8 dwuwarstwowych tynków renowacyjnych o łącznej grubości 3 cm – w tym 2 cm tynku renowacyjnego oraz 1 cm warstwy wyrównawczej. W toku wykonywania robót – z uwagi na duże uszkodzenia ścian, liczne nierówności i znaczne ubytki oraz częste przypadki występowania

nieoznaczonych na rysunkach krzywizn istniejących ścian – pojawiła się konieczność wykonywania grubszej warstwy wyrównawczej. Dla oceny faktycznej grubości tynków wykonano pomiary grubości tynków na ścianach wewnętrznych w kilkunastu wybranych w tym celu otworach. Na tej podstawie ustalono, że średnia grubość tynków w piwnicach, gdzie wykonywano tynki renowacyjne wynosi 3,88 cm – zgodnie z wpisem inspektora nadzoru do Dziennika Budowy z dnia 2 października 2012 r. W związku z tym, że faktyczna grubość tynków renowacyjnych jest większa od projektowanej, Wykonawcy przysługuje dopłata związana z pogrubieniem warstwy wyrównawczej o 0,5 cm. Ponadto w związku z poleceniem inspektora nadzoru (wpis do Dziennika Budowy z dnia 14 grudnia 2011 r.) tynki wewnętrzne na pozostałych kondygnacjach wykonano z zachowaniem pionu pomimo występowania znacznych odchyłeń istniejących ścian od pionu. W związku z tym Wykonawcy przysługuje również dopłata związana z pogrubieniem tynków zwykłych o 0,5 cm. Powyższe prace nie występowały w projekcie i w związku z tym nie były ujęte w ofercie Wykonawcy”.

- 1.8. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-058/bud 8 PK z dnia 28 marca 2013 r., którego przedmiotem była **wymiana grzejników FAVIERA na płytowe**, wskazano, że „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty przewidywał w ramach instalacji c.o. montaż grzejników FAVIERA. W toku realizacji prac okazało się, że grzejniki te w wielu przypadkach nie mieszczą się pod oknami. W związku z tym opracowany projekt zamienny instalacji c.o. zakłada zamiast pierwotnie zaprojektowanych grzejników FAVIERA grzejniki płytowe. Za wymianą grzejników przemawiają również względy estetyczne i funkcjonalne - grzejniki z rur stalowych ożebrowanych są mniej estetyczne i trudniejsze jest utrzymanie ich w czystości. Powyższe prace nie występowały w dokumentacji i nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.9. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-057/bud 8 PK z dnia 22 marca 2013 r., którego przedmiotem były **wnęki grzejnikowe**, wskazano, że „Projekt wykonawczy nie przewidywał w budynku nr 8 umieszczania grzejników we wnękach. W związku z tym, że część grzejników usytuowanych w obrębie klatek schodowych i korytarzy zawęża przejście powodując niespełnienie wymogów ochrony p.poż., projektant w projekcie zamiennym instalacji c.o. zaprojektował dodatkowe wnęki na te grzejniki. Powyższe prace nie występowały w dokumentacji i w związku z tym nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.
- 1.10. W protokole konieczności o numerze 300446-78-215-049/bud 8 PK z dnia 3 stycznia 2013 r., którego przedmiotem była **zamiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej do EI 60 w osiach 1-3**, wskazano, że „Projekt wykonawczy będący podstawą do sporządzenia oferty nie rozwiązywał szeregu

problemów związanych z zabezpieczeniem p.poż. budynku. W wyniku przeglądu budynków z udziałem rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń p.poż. sporządzono protokół, w którym stwierdzono konieczność podwyższenia klasy odporności ogniowej części stolarki okiennej budynku nr 8 do EI 60. W odpowiedzi na RFI nr 057/8/B/BM Projektant przekazał zamienny rysunek zestawczy pn. Zmiana odporności okien. Powyższych prac nie można było przewidzieć na etapie przetargu i w związku z tym nie były uwzględnione w ofercie Wykonawcy”.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lipca 2013 r. pod numerem: 130955-2013.

Umowa w sprawie ww. zamówienia została zawarta w dniu 18 lipca 2013 r. z wykonawcą Konsorcjum firm Zakład Ogólnobudowlany BUD-MICH K. M. (lider konsorcjum) działający wraz z Przedsiębiorstwem Budowlanym INTERBUD Ł. K. (uczestnik konsorcjum). Wartość zamówienia dodatkowego wskazana w umowie wyniosła 517.506,51 zł brutto.

Określony w umowie termin na wykonanie zamówienia dodatkowego został ustalony na dzień 31 lipca 2013 r.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2013 r. pod numerem 156367-2013.

Zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia przedmiot ww. zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych w obiektach 7, 8, 9, a w szczególności:

- 1.1. Zmianę klasy odporności ogniowej stolarki okiennej i drzwiowej – dla budynku nr 7;
- 1.2. Demontaż grzejników i obudowę szafek hydrantowych podtynkowych;
- 1.3. Docieplenie ścian kanału zewnętrznego osie 3-5/A-B;
- 1.4. Docieplenie ścian wieży płytami klimatycznymi;
- 1.5. Wykonanie tablicy rozdzielczej kotłowni gazowej oraz głównego wyłącznika prądu w budynku;
- 1.6. Wykonanie krat zabezpieczających okna kotłowni gazowej budynku;
- 1.7. Pogrubienie tynków renowacyjnych i zwykłych w budynku;
- 1.8. Wymiana grzejników FAVIERA na płytkowe;
- 1.9. Wykonanie dodatkowej stolarki okiennej na wieży w osiach 4-5;
- 1.10. Wykonanie wnek grzejnikowych;
- 1.11. Zmiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej do EI 60 w osiach 1-3;
- 1.12. Wzmocnienie belek stropowych oraz częściowa wymiana płyty stropowej w osiach 5-6 – dla budynku nr 8;
- 1.13. Przebudowa prostokątnych otworów okiennych i drzwiowych na łukowe w budynku;
- 1.14. Wykonanie przekrycia szybu DAMPF w budynku;
- 1.15. Wykonanie stropu nad parterem budynku;
- 1.16. Zmiana sposobu posadowienia szybu windowego SZW/1 w budynku.

W toku postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r., Zamawiający wyjaśnił, że kompleks obiektów PWSK stanowił zdegradowaną masę niepoddawaną przez znaczny okres inwentaryzacji ani ocenie stanu technicznego. W związku z powyższym na etapie realizacji robót budowlanych pojawiały się problemy techniczne zgłaszane i rozwiązywane na bieżąco przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego były to problemy niemożliwe wcześniej do przewidzenia, gdyż dotyczyły elementów konstrukcji budowlanych lub też elementów zabytkowej architektury, które ujawnione zostały dopiero w chwili ich odkrycia, np. dotarcie do kondygnacji podziemnej nieuwzględnionej w planach – do odkrycia doszło wskutek zapadnięcia koparki podczas robót budowlanych. Na polecenie Konserwatora Zabytków odkryte elementy zabytkowej architektury należało zinwentaryzować, zabezpieczyć, odnowić, wykonać nowy strop oraz instalacje elektryczne i sanitarne.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że podczas realizacji robót budowlanych okazało się, iż dokumentacja projektowa wykonana przez Pracownię Pas Projekt z Nadarzyna obarczona jest licznymi błędami, co spowodowało konieczność zlecenia robót dodatkowych niezbędnych do zrealizowania zamówienia podstawowego.

Zamawiający podniósł także, iż pomimo powierzenia innemu wykonawcy pełnienia nadzoru autorskiego nad wykonaną dokumentacją projektową, konieczność zlecenia wykonawcom robót dodatkowych nadal istniała ze względu na charakter rewitalizowanych obiektów. W opinii Zamawiającego odnawiany kompleks jest „(...) jedynym tak wielkim pokopalnianym kompleksem zachowanym na kontynencie europejskim. Rewitalizacja tych obiektów stanowi niespotykane dotąd wyzwanie zarówno dla Projektantów jak i dla Wykonawców (...)”.

Następnie, pismem z dnia 16 października 2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wzywając jednocześnie Zamawiającego do przesłania do Urzędu kompletnej dokumentacji obejmującej dokumenty dotąd nieprzekazane (z wyszczególnieniem), jak również wzywając Zamawiającego do:

- 1. wskazania przyczyn nieuwzględnienia w projekcie wykonawczym poszczególnych prac wskazanych we wszystkich protokołach konieczności objętych ww. zamówieniem – odrębnie w odniesieniu do każdego protokołu konieczności;*
- 2. wyjaśnienia, czy Zamawiający zweryfikował projekt wykonawczy – w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej poproszono Zamawiającego o wskazanie jaka była ocena projektu;*
- 3. jednoznacznego i wyczerpującego wykazania zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności okoliczności skutkujących udzieleniem ww. zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki – oddzielnie w odniesieniu do każdego protokołu konieczności;*

4. wskazania i opisanie wszelkich czynności przeprowadzonych lub zleconych przez Zamawiającego w celu należytego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, w szczególności podanie zakresu, przebiegu i wyników badań, konsultacji, przeglądów przeprowadzonych na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego w celu określenia stanu technicznego budynku oraz warunków wodno-gruntowych – wraz ze wskazaniem dat;
5. wyjaśnienia przyczyn, dla których dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego zostały przeprowadzone przeglądy z udziałem rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, przeglądy z udziałem konserwatora zabytków, pomiary grubości tynków oraz badania geologiczno-inżynierskie.

Wraz z przekazaniem dokumentacji, pismem z dnia 29 października 2015 r., Zamawiający wyjaśnił, że dokumentacja projektowa sporządzona przez Pracownię Pas Projekt była weryfikowana przez PZITB z Wrocławia [Polski Związek Inżynierów i Techników Budownictwa]. W wydanej opinii jakość dokumentacji została oceniona jako dostateczna. Zamawiający wskazał również, że projektant dokonywał uzupełnienia dokumentacji podczas realizacji prac, jednak w wyniku jego nieudolności Zamawiający podjął decyzję o wypowiedzeniu umowy projektantowi. W wyniku kolejnego postępowania przetargowego wyłoniony został nowy projektant, który na bazie dotychczasowej dokumentacji budowlanej opracował nową dokumentację. Okazało się, że opracowania firmy Pas Projekt – pierwotnie wybranego Wykonawcy – nie nadawały się do realizacji, w związku z czym należało uzyskać nowe pozwolenie na budowę, które wydane zostało na podstawie dokumentacji projektowej, która pozwoliła na rewitalizację obiektów w sposób zapewniający dostosowanie obiektów do obowiązujących norm i przepisów prawa budowlanego. Następnie Zamawiający wskazał, że przeglądy obiektów dokonywane z udziałem konserwatora zabytków są rzeczą naturalną podczas rewitalizacji obiektów wpisanych do rejestru zabytków. Zamawiający wskazał, że decyzja konserwatorska zawierała informację, że prace budowlane w obiekcie muszą być prowadzone pod szczególnym nadzorem Konserwatora Zabytków. Zamawiający odniósł się do udziału rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń p.poż. wyjaśniając, że jego obecność była spowodowana faktem zmiany projektanta, który sporządzał nową dokumentację projektową. Konieczne było, by rzeczoznawca sporządzając ekspertyzy, opinie oraz wnioski o odstąpieniu od obowiązujących przepisów swoje opracowania sporządzał w zakresie poszczególnych obiektów, ale z uwzględnieniem wszystkich obiektów na terenie całego Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia, zarówno w trwających, jak i w planowanych pracach.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

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. Zamówienie z wolnej ręki jest zatem trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem 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 wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

Jednocześnie, dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Podkreślenia wymaga, że w związku z zabytkowym charakterem objętego zamówieniami obiektu, jak również w związku ze specyfiką wyrażającą się w jego szczególnym gospodarczym przeznaczeniu, są podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający powinien jeszcze przed przystąpieniem do inwestycji zlecić dodatkowe prace, mające

na celu zbadanie stanu technicznego ww. obiektu.

Zgodnie bowiem z treścią art. 5 pkt 2) ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 z późn. zm.), dalej „uoz”, opieka nad zabytkiem sprawowana przez jego właściciela lub posiadacza polega, w szczególności, na zapewnieniu warunków prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku.

Realizacja wskazanych obowiązków właściciela lub posiadacza zabytku nieruchomości wpisanego do rejestru zabytków gwarantuje, że osoby zobowiązane do jego zachowania w jak najlepszym stanie będą posiadały należyłą wiedzę specjalistyczną oraz niezbędne wytyczne dotyczące postępowania.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza Zamawiający, co oznacza, że przygotowując dokumentację dotyczącą postępowania przetargowego Zamawiający w pełni odpowiada za jej zapisy, m.in. za treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – powierzenie opracowania dokumentacji projektowej profesjonalnemu podmiotowi nie zdejmuje z Zamawiającego odpowiedzialności za przyjęty zakres i sposób realizacji zamówienia, jak również nie oznacza zdjęcia z Zamawiającego odpowiedzialności za właściwy dobór rozwiązań przyjętych w dokumentacji oraz ich finalny skutek. Tym samym nieuwzględnienie przez projektanta niektórych robót koniecznych z punktu widzenia wykonawcy tych prac lub użytkownika, obowiązujących przepisów prawa, bądź z punktu widzenia technologii wykonania robót, nie pozwala uznać powodów wykonania prac dodatkowych za obiektywne. Jakość projektu i przedmiarów będących częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawsze obciąża Zamawiającego jako podmiot odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia. Zawarte w licznych protokołach konieczności uzasadnienie oparte na tym, że sporządzona na zlecenie Zamawiającego dokumentacja projektowa zawierała błędy lub inne rozwiązania nie może zostać uwzględnione ze względu na fakt, że uchybienia projektanta nie stanowią przyczyn o obiektywnym charakterze, mogącym uzasadniać udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z analizy dokumentacji zgromadzonej w toku niniejszego postępowania oraz z treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wynika, że w odniesieniu do robót objętych dziesięcioma kwestionowanymi w toku niniejszej kontroli protokołami konieczności, nie wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zostały spełnione. Przede wszystkim należy zauważyć, że konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego.

Tymczasem w uzasadnieniach udzielenia zamówień na poszczególne roboty wskazanych w kwestionowanych protokołach konieczności przywołano okoliczności, takie jak:

- 1. brak uwzględnienia poszczególnych robót w dokumentacji przetargowej;*
- 2. niezweryfikowane błędy zawarte w dokumentacji projektowej;*
- 3. wprowadzenie zmian poprzez sporządzenie projektu zamiennego;*
- 4. zmiany będące wynikiem uwzględnienia wniosków użytkownika zgłoszonych na etapie realizacji prac;*
- 5. braki i niezgodności w dokumentacji przetargowej;*
- 6. przeprowadzenie stosownych badań służących ocenie stanu technicznego budynku dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego.*

W związku z powyższym, brak wykazania zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności stwierdzono w toku kontroli w odniesieniu do następujących prac:

- 1. Zmiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej i drzwiowej – dla budynku nr 7 – wartość prac: 59.701,06 zł.*

Jak wynika z protokołu konieczności, projekt wykonawczy nie rozwiązywał szeregu problemów związanych z zabezpieczeniem p.poż. budynków - ww. prace zostały wprowadzone dopiero w projekcie zamiennym. Brak ich uwzględnienia w projekcie wykonawczym jest zatem efektem braku należytej staranności Zamawiającego w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Wskazuje na to w szczególności charakter kwestionowanych prac, które należy ocenić jako typowe prace wchodzące w zakres przeciwpożarowych wymagań techniczno-budowlanych, instalacyjnych i technologicznych, zatem również możliwe, a nawet konieczne do przewidzenia na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej. Jak bowiem wynika z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz. U z 2009 r. Nr 178, poz. 1380 z późn. zm.) właściciel budynku, obiektu budowlanego lub terenu, zapewniając ich ochronę przeciwpożarową, jest obowiązany przestrzegać przeciwpożarowych wymagań techniczno-budowlanych, instalacyjnych i technologicznych. W dalszej kolejności należy wskazać, że konieczność ochrony przeciwpożarowej budynków w przedmiotowym zakresie (odporność pożarowa budynków) wynika m.in. z § 212 i n. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

- 2. Demontaż grzejników i obudowę szafek hydrantowych podtynkowych – wartość prac: 3.515,19 zł;*

Jak wynika z protokołu konieczności – konieczność wykonania ww. prac ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego – zgodnie z projektem zamiennym w zakresie instalacji sanitarnych zdecydowano o zamianie grzejników FAVIERA na grzejniki płytowe w pomieszczeniach biurowych i socjalnych, co wymusiło konieczność demontażu

grzejników zamontowanych wcześniej w tych pomieszczeniach. Kolejna zmiana polegała na wykonaniu szafek hydrantowych podtynkowych, a nie natynkowych, jak pierwotnie przewidziano w projekcie wykonawczym. Jednocześnie treść protokołu konieczności nie wskazuje żadnej obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia okoliczności skutkującej koniecznością wykonania ww. prac. Dodatkowo należy wskazać, że zlecenie prac dodatkowych w wyniku uwzględnienia postulatów zgłaszanych przez użytkownika na etapie realizacji zamówienia podstawowego nie ma charakteru obiektywnego z uwagi na fakt, że stosowne konsultacje co do wyposażenia budynku powinny zostać przeprowadzone na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, nie zaś na etapie jego realizacji.

3. Docieplenie ścian kanału zewnętrznego osie 3-5/A-B – wartość prac: 48.315,52 zł;
Jak wynika z protokołu konieczności – konieczność wykonania ww. prac ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego podjętej na etapie realizacji zamówienia podstawowego – projekt wykonawczy nie przewidywał bowiem wykonania izolacji termicznej w obrębie ślepego kanału w osiach 3-5/A-B. Dopiero wskutek zaleceń inspektora nadzoru zlecono wykonanie przedmiotowych prac. Jednocześnie ani treść protokołu konieczności, ani też wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie wskazuje żadnej obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia okoliczności skutkującej koniecznością wykonania ww. prac, lecz przeciwnie – w protokole stwierdzono, że w kanale należy wykonać izolację analogiczną do tej, jaką zaprojektowano dla pozostałych ścian budynku nr 8.
4. Docieplenie ścian wieży płytami klimatycznymi – wartość prac: 39.155,22 zł;
Jak wynika z protokołu konieczności – konieczność wykonania ww. prac ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego podjętej na etapie realizacji zamówienia podstawowego – projekt wykonawczy nie przewidywał bowiem wykonania izolacji termicznej ścian zewnętrznych od wewnątrz klatki schodowej w osiach 4-6. Dopiero wskutek zaleceń inspektora nadzoru zlecono wykonanie przedmiotowych prac. Jednocześnie ani treść protokołu konieczności, ani też wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie wskazuje żadnej obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia okoliczności skutkującej koniecznością wykonania ww. prac.
5. Wykonanie tablicy rozdzielczej kotłowni gazowej oraz głównego wyłącznika prądu w budynku – wartość prac: 15.216,75 zł;
Z protokołu konieczności wynika, że projekt wykonawczy nie przewidywał odrębnej tablicy rozdzielczej do kotłowni gazowej oraz głównego wyłącznika prądu. Jednocześnie, jak wskazano w protokole, w związku z tym, że elementy te wymagane są przepisami prawa, toteż zachodzi konieczność wykonania ich w ramach robót dodatkowych. W tym miejscu należy wskazać, że ww. kwestie uregulowane są w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie

warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz w opracowaniu NSEP-E-002:2003 Instalacje elektryczne w obiektach budowlanych. Instalacje elektryczne w obiektach mieszkalnych. Podstawy planowania. Wytyczne wymiarowania i wyposażenia instalacji, jak również w Polskich Normach. Fakt, że instalacja przedmiotowych urządzeń jest – jak wskazał Zamawiający – wymagana przepisami, nie oznacza, że Zamawiający niejako automatycznie może wykonanie tych prac zlecić w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jak bowiem wynika ze stanu faktycznego sprawy, przyczyną wykonania ww. prac dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego był brak ich uwzględnienia w projekcie wykonawczym, co z kolei wynikało z niezachowania należytej staranności w czasie opracowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Już fakt uregulowania ww. kwestii w przepisach prawa wskazuje, że stanowią one okoliczność powszechnie znaną i możliwą, a nawet konieczną do przewidzenia na etapie opracowywania projektu. Zamawiający nie wykazał, by w przedmiotowej sprawie wystąpiła inna okoliczność skutkująca koniecznością zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, natomiast nieuwzględnienie ww. prac w projekcie wykonawczym wobec faktu istnienia prawnych regulacji w tym zakresie, nie ma charakteru sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

6. Wykonanie krat zabezpieczających okna kotłowni gazowej budynku – wartość prac: 23.686,73 zł; Z protokołu konieczności wynika, że wykonanie krat zabezpieczających okna kotłowni gazowej służyło zabezpieczeniu pomieszczenia przed złodziejami. Wykonanie ww. prac wynika zatem z decyzji Zamawiającego podjętej dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Jednocześnie brak jest wskazań, na podstawie których można by uznać, że nie było możliwości stwierdzenia potrzeby zamontowania krat wcześniej – na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej. Tym samym Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności wykonania ww. prac.
7. Pogrubienie tynków renowacyjnych i zwykłych w budynku – wartość prac: 35.968,17 zł; Z protokołu konieczności wynika, że wykonanie ww. prac było następstwem pomiarów grubości tynków dokonanych w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. W ich wyniku stwierdzono, że faktyczna grubość tynków jest większa od projektowanej. Jednocześnie w wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 29 października 2015 r. Zamawiający nie odniósł się do przedmiotowej kwestii, w szczególności nie wskazał przyczyn, dla których dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego zostały przeprowadzone pomiary tynków, o których mowa w przedmiotowym protokole konieczności, a tym samym nie wykazał, by w odniesieniu do kwestionowanych prac zaistniała przesłanka nieprzewidywalności.

8. Wymiana grzejników FAVIERA na płytowe – wartość prac: 26.044,93 zł; Z protokołu konieczności wynika, że projekt wykonawczy przewidywał montaż grzejników typu FAVIERA. W toku realizacji prac okazało się, że grzejniki te w wielu przypadkach nie mieszczą się pod oknami. W związku z tym opracowano projekt zamienny, który zakładał zamiast pierwotnie zaprojektowanych grzejników FAVIERA grzejniki płytowe. W protokole wskazano także, że za wymianą grzejników przemawiały również względy estetyczne i funkcjonalne – grzejniki z rur stalowych ożebrowanych są mniej estetyczne i trudniejsze jest utrzymanie ich w czystości. Ww. prace były wynikiem błędów w dokumentacji projektowej, którym nie można przypisać charakteru obiektywnych. Wartości takie jak wymiary grzejników oraz wysokość odcinka podłoga – okno powinny być znane projektantowi jak również Zamawiającemu odpowiadającemu za weryfikację projektu już na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej. Natomiast druga z okoliczności, na którą powołuje się Zamawiający – względy estetyczne i funkcjonalne – tym bardziej nie może zostać uznana za okoliczność niemożliwą wcześniej do przewidzenia, lecz przeciwnie – potwierdza ona swobodę Zamawiającego w stosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki.

9. Wykonanie wnęk grzejnikowych – wartość prac: 2.605,41 zł;

Jak wynika z protokołu konieczności, projekt wykonawczy nie rozwiązywał szeregu problemów związanych z zabezpieczeniem p.poż. budynków - ww. prace zostały wprowadzone dopiero w wyniku przeglądu dokonanego z udziałem rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych. Brak ich uwzględnienia w projekcie wykonawczym jest zatem efektem nieuwzględnienia w projekcie wykonawczym zabezpieczenia przeciwpożarowego budynków, a tym samym braku należytej staranności Zamawiającego w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Wskazuje na to w szczególności charakter kwestionowanych prac, którym nie można przypisać charakteru obiektywnych – są to bowiem typowe prace wchodzące w zakres przeciwpożarowych wymagań techniczno-budowlanych, instalacyjnych i technologicznych, zatem również możliwe, a nawet konieczne do przewidzenia na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej. Natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym brak ich przewidzenia na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego nie wynika z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, lecz z nienależytego przygotowania i zweryfikowania projektu wykonawczego. Jak bowiem wynika z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz. U z 2009 r. Nr 178, poz. 1380 z późn. zm.) właściciel budynku, obiektu budowlanego lub terenu, zapewniając ich ochronę przeciwpożarową, jest obowiązany przestrzegać przeciwpożarowych wymagań techniczno-budowlanych, instalacyjnych i technologicznych. W dalszej kolejności należy wskazać, że konieczność ochrony przeciwpożarowej budynków w przedmiotowym zakresie (odporność pożarowa

budynków) wynika m.in. z § 212 i n. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

10. Zmiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej do EI 60 w osiach 1-3 – wartość prac: 108.366,74 zł;

Jak wynika z protokołu konieczności, projekt wykonawczy nie rozwiązywał szeregu problemów związanych z zabezpieczeniem p.poż. budynków - ww. prace zostały wprowadzone dopiero w wyniku przeglądu dokonanego z udziałem rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń p.poż. Brak uwzględnienia zabezpieczenia p.poż. budynku na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego nie wynika z sytuacji obiektywnie niemożliwej wcześniej do przewidzenia, lecz z nienależytego przygotowania i zweryfikowania projektu wykonawczego, a tym samym z braku należytej staranności Zamawiającego w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Jak bowiem wynika z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz. U z 2009 r. Nr 178, poz. 1380 z późn. zm.) właściciel budynku, obiektu budowlanego lub terenu, zapewniając ich ochronę przeciwpożarową, jest obowiązany przestrzegać przeciwpożarowych wymagań techniczno-budowlanych, instalacyjnych i technologicznych. W dalszej kolejności należy wskazać, że konieczność ochrony przeciwpożarowej budynków w przedmiotowym zakresie (odporność pożarowa budynków) wynika m.in. z § 212 i n. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Dodatkowo należy wskazać, że przyznana przez Zamawiającego okoliczność, iż „obecność rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń p.poż. spowodowana była faktem zmiany projektanta, który opracował nową dokumentację projektową” stanowi jedynie potwierdzenie nienależytego przygotowania projektu wykonawczego, zaś w żaden sposób nie dowodzi zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności okoliczności skutkujących udzieleniem zamówień dodatkowych.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 9/13) „Immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy 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. (...) Celem ustawodawcy

określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła ponadto, że naruszenie przesłanki nieprzewidywalności okoliczności uprawniających do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki „(...) wynika często z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego, tymczasem w świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku złe przeprowadzonego przez Zamawiającego procesu inwestycyjnego. Izba przychyliła się również do stanowiska wyrażonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. (KIO/KD 90/10), że celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego”. W

dalszej kolejności wskazać warto, co zostało stwierdzone w odniesieniu do nieprzewidywalności okoliczności jako przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (w przedmiotowym stanie faktycznym w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 63/13): „Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia są w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, a więc wszelkiego rodzaju katastrofy i awarie”.

Z kolei w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 21/12) Izba stwierdziła, że „(...) zrozumiałe jest, że zamawiający nie ma i nie musi mieć odpowiedniej wiedzy zawodowej ani uprawnień zawodowych, dlatego wykonanie projektu zlecane jest projektantowi, na którego profesjonalnych umiejętnościach, doświadczeniu i rzetelności zamawiający musi polegać. Należy się jednak zgodzić z twierdzeniem Prezesa UZP, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od swojej winy, to zamawiający (na zasadzie ryzyka) ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu – a w niniejszym przypadku – za konieczność zlecenia innych prac niż zaprojektowane i wyboru trybu zamówienia. Z tego powodu konieczne jest – tak jak i w przypadku robót budowlanych – zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu, np. zlecenie dodatkowych badań lub ekspertyz budynku albo jego elementów, zwłaszcza jeśli jest to budynek blisko stuletni i nieposiadający dokumentacji projektowej”.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny oraz prawny sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp w odniesieniu do prac opisanych w kwestionowanych protokołach konieczności. W szczególności

w przedstawionym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem, którego realizacji nie można było przewidzieć. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający nie dołożył należytej staranności w prawidłowym przygotowaniu procesu inwestycyjnego, nie można uznać, że konieczność wykonania kwestionowanych prac będących przedmiotem zamówienia dodatkowego, była spowodowana sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy i jest dopuszczalne jedynie po spełnieniu wszystkich przesłanek określonych w ww. przepisie. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający już na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego powinien przewidzieć i włączyć do zakresu przedmiotu zamówienia kwestionowane roboty, których wykonanie było w jego opinii niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, a w istocie polegało na wykonaniu prac zamiennych lub robót dodatkowych koniecznych do przeprowadzenia m.in. z uwagi na niezgodność projektu wykonawczego z warunkami technicznymi, jakim powinny odpowiadać budynki, a tym samym wynikało z niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego na etapie dokonywania opisu zamówienia podstawowego, a także z niezwyfikowania błędów projektowych, jak również z braku uwzględnienia pewnych prac w dokumentacji projektowej – do których to działań Zamawiający jako gospodarz postępowania i autor SIWZ był zobowiązany.

Odnosząc się do wyżej cytowanej treści uchwały KIO z dnia 23 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 21/12), w której wyrażono pogląd, zgodnie z którym na gruncie przepisów ustawy Pzp, niezależnie od swojej winy, to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu, należy stwierdzić, że w przedmiotowej sytuacji, przy zachowaniu należytej staranności ze strony Zamawiającego, przed udzieleniem zamówienia podstawowego, mógł on zweryfikować projekt wykonawczy. Tym bardziej, że na mocy zapisów Umowy Nr UM/WGM/II/533/31/34-W/2009 z dnia 6 kwietnia 2009 r. zawartej z firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO” – autorem projektu wykonawczego – Zamawiający miał realną możliwość na bieżąco monitorować zaawansowanie i wynik prac projektowych. Zgodnie bowiem z treścią § 10 ww. umowy, przebieg prac projektowych miał wyglądać następująco:

1. W trakcie trwania prac projektowych Wykonawca co najmniej raz w miesiącu jest zobowiązany informować Zamawiającego na piśmie o ich postępie;

2. Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca będzie przedstawiał zaawansowanie prac projektowych na spotkaniach zorganizowanych przez Zamawiającego. W ramach tych spotkań Wykonawca będzie przedstawiał szkice, rysunki, opisy, itp.;

3. W trakcie trwania prac projektowych Wykonawca ma obowiązek uzgadniać pisemnie rozwiązania materiałowe, kolorystyczne i inne, które mają wpływ na koszty budowy oraz eksploatację (...).

Dodatkowo, zgodnie z treścią § 4 ww. umowy, do obowiązków samego Zamawiającego należało przekazanie Wykonawcy m.in.:

1. inwentaryzacji zieleni;
2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego;
3. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia;
4. decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu;
5. wytycznych konserwatorskich;
6. innych dokumentów wyjściowych uzyskanych przez Zamawiającego;
7. badań geologicznych;
8. mapy do celów projektowych.

Ponadto, na mocy treści § 4 pkt 3 ww. umowy, do obowiązków Zamawiającego należało uzgadnianie na bieżąco rozwiązań projektowych przedstawionych przez Wykonawcę.

Nie bez znaczenia jest tu fakt, że zgodnie z zapisami ww. umowy, prace projektowe miały zostać zakończone 105 dni od dnia podpisania umowy (w zakresie etapu I) oraz 9 miesięcy od podpisania umowy (w zakresie etapu II), a zatem najpóźniej do stycznia 2010 r. Przy dołożeniu należytej staranności ze strony zamawiającego przed udzieleniem zamówienia podstawowego mógł on, za zgodą projektanta, dokonać stosownych zmian w projekcie – od daty sporządzenia projektu do czasu udzielenia zamówienia podstawowego upłynęło bowiem ponad półtora roku.

Jak wskazał Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 29 października 2015 r., dokumentacja projektowa przekazana Zamawiającemu była weryfikowana przez Polski Związek Inżynierów i Techników Budownictwa we Wrocławiu i została oceniona za ledwie na poziomie dostatecznym. Zamawiający dysponował zatem wiedzą niezbędną do powzięcia czynności zmierzających do zmodyfikowania bądź też przygotowania nowej dokumentacji projektowej. Dodatkowo, biorąc pod uwagę czas, jaki upłynął od wskazanej w umowie daty sporządzenia projektu do daty udzielenia zamówienia podstawowego, jak również wskazane w umowie instrumenty umożliwiające Zamawiającemu weryfikację projektu – nie można uznać, że „nieudolność projektanta”, na którą powołuje się Zamawiający, stanowiła okoliczność niemożliwą wcześniej do przewidzenia.

Zamawiający nie wykazał także w żaden inny sposób, by zrealizowane w ramach zamówienia dodatkowego prace były nieprzewidywalne, w szczególności nie wynika to ze sporządzonych na ich okoliczność protokołów konieczności. Zawarte w nich sformułowania, w których stwierdzono, iż „w związku z tym, że powyższe prace nie występowały w dokumentacji przetargowej, wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” bynajmniej nie stanowią wystarczającej podstawy do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zakres prac wykonanych w ramach zamówień dodatkowych był przy tym bardzo szeroki, a szereg tych prac trudno powiązać w sposób bezpośredni z zabytkowym charakterem obiektu, zdegradowanym i niezinventaryzowanym stanem technicznym. Przeciwnie – prace objęte niniejszym zamówieniem dodatkowym w dużej mierze ocenić należy jako niezależne od ww. okoliczności wskazywanych w wyjaśnieniach

Zamawiającego jako podstawa udzielenia ich w trybie pozaprzetargowym. Są one bowiem efektem zaniedbań poczynionych jeszcze na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. W szczególności ww. prace nie dotyczyły elementów konstrukcji budowlanych, lecz elementów budynku stanowiących jego wyposażenie (wykonanie tablicy rozdzielczej w kotłowni oraz głównego wyłącznika prądu), stanowiły prace zamiennie wynikające z błędów projektowych (wymiana grzejników), bądź też konieczność ich wykonania wynikała z braku przewidzenia ich w projekcie (kraty zabezpieczające okna kotłowni gazowej), jak również z niezgodności projektu z warunkami technicznymi, jakim powinny odpowiadać budynki (zmiana klasy odporności ogniowej stolarki okiennej).

Znaczny zakres zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki ma swoje źródło w niezgodności projektu wykonawczego z przepisami dotyczącymi zabezpieczenia przeciwpożarowego budynków. Wśród ww. przepisów należy wskazać przede wszystkim Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z dnia 15 czerwca 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.) – obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, jak również w dacie udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w szczególności w tej sytuacji brak jest zaistnienia okoliczności niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Wobec faktu, że przepisy ww. rozporządzenia dotyczące odporności pożarowej budynków nie uległy zmianie w okresie od wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego do momentu udzielenia zamówienia dodatkowego, należy uznać, że Zamawiający powinien być świadomy niezgodności posiadanego projektu wykonawczego z ww. rozporządzeniem, a w konsekwencji powyższe prace powinien ująć w zamówieniu podstawowym.

Reasumując w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z informacją o wyniku kontroli, Zamawiający w dniu 4 grudnia 2015 r. wniósł zastrzeżenia, w których podtrzymywał stanowisko, że zamówienia udzielił prawidłowo, twierdząc, że zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Prawa zamówień publicznych do udzielenia zamówień dodatkowych. Zdaniem Zamawiającego, uchybienia projektanta w tym przypadku stanowiły przyczyny o obiektywnym charakterze, uzasadniające udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Zamawiający ponadto wywodził, że udzielenie zamówienia dodatkowego było zbędne, a zmiana zakresu prac mogła być uregulowana aneksem do umowy.

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

Zastrzeżenia Zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

Izba w całości podzieliła ustalenia faktyczne Prezesa UZP podjęte w toku kontroli i wynikające z nich konsekwencje prawne. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Prawa zamówień publicznych uwarunkowane jest między innymi koniecznością wykonania robót budowlanych na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nie można zaakceptować poglądu, że taką sytuacją - niemożliwą do przewidzenia - są błędy popełnione na etapie projektowania albo chęć podwyższenia standardu oczekiwanych prac. W ocenie Izby powyższa konstatacja przesądza o braku podstawy do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b Prawa zamówień publicznych do przedmiotowego zamówienia. Sam Zamawiający zdecydował o podstawie prawnej udzielenia zamówienia, dlatego kwestionowanie przez niego tej podstawy w zastrzeżeniach nie może wywierać skutków dla przeprowadzonej kontroli.

W konsekwencji Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP odnośnie stwierdzonych naruszeń.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....