

Sygn. akt: KIO/KD 6/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 lutego 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 12.01.2017 r. (znak: GDDKiAO/RZ.D-3-as-/284/R/160/2014/2017) /wpływ 16.01.2017 r./ zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział Rzeszów
ul. Legionów 20
35 – 959 Rzeszów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 30.12.2016 r.
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/41(2)/16/LB KNZ/18/16/DKD)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Budowa linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowa oświetlenia terenu OUA, teletechnika – uzupełnienie, dostawa i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizacja deszczowa – odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawa i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Klaudia Szczytowska - Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Pismem z 19.08.2014 r. (znak: GDDKiA O/RZ.D-3-as/284/R/160/2014) Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Prezes UZP” o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp na budowę linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowę oświetlenia terenu OUA, teletechnikę – uzupełnienie, dostawę i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizację deszczową – odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawę i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 18.08.2014 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Erbud S.A. z siedzibą w W-wie. Umowa (nr 2811/1/2014) została zawarta w dniu 22.08.2014 r. Pismem z 14.05. 2015 r. (pismem znak: UZP/DKD/WKZ/422/1069(2)/14/MT) Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające. W dniu 12.12.2016 r. Prezes UZP (pismo znak: UZP/DKD/WKZ/421/41(1)/16/LB) wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 30.12.2016 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKD/WKZ/421/41(2)/16/LB KNZ/18/16/DKD) - wynikają następujące okoliczności. Prezes UZP przedstawił następujący stan faktyczny. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 18.08.2014 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Erbud S.A. Umowa (nr 2811/1/2014) w sprawie zamówienia dodatkowego została zawarta w dniu 22.08.2014 r. Zamawiający przedstawił harmonogram budowy autostrady:

1. *Budowa autostrady A-4, odcinek Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450*; zamówienie udzielone w trybie przetargu ograniczonego; umowa nr 2811/45/2010 z 23.09.2010 r. zawarta z wykonawcą Konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A. Warszawa (lider), Doprastav a.s. Słowacja (dalej: umowa na budowę autostrady - /umowa nr 1/). Zamawiający odstąpił od ww. kontraktu w dniu 14.01.2014 r. przy zaawansowaniu robót około 69% (roboty w zakresie węzła drogowego Wierzbna zostały wykonane i przejęte świadectwem przejęcia z 20.12.2013 r., przy czym zakres robót przewidzianych do wykonania na terenie OUA nie został w pełni zrealizowany).
2. *Budowa autostrady A4, na odcinku Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi – „budowa Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA) na terenie węzła Wierzbna”*; zamówienie udzielone w trybie przetargu

nieograniczonego; umowa nr 2811/27/2013 z 20.09.2013 r. z: Erbud S.A. (dalej: umowa na budowę OUA – umowa nr 2). Roboty w zakresie budowy Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA) Wierzbna zostały wykonane i przejęte świadectwem przejęcia z 29.12.2014 r. oraz odebrane protokołem odbioru ostatecznego/końcowego robót sporządzonym w dniu 30.01.2015 r.

3. *Budowa linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowa oświetlenia terenu OUA, teletechnika-uzupełnienie, dostawa i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizacja deszczowa, odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawa i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne*; zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki; umowa nr 2811/1/2014 z 22.08.2014 r. z wykonawcą: Erbud S.A. Warszawa (dalej: umowa o zamówienie dodatkowe – umowa nr 3). Roboty w zakresie zamówienia dodatkowego zostały wykonane i przejęte świadectwem przejęcia z 17.12.2014 r. i odebrane protokołem odbioru ostatecznego przedmiotu umowy z 17.12.2014 r. oraz protokołem odbioru ostatecznego/końcowego robót sporządzonym w dniu 30.01.2015 r.

4. *Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi*; zamówienie udzielone w trybie przetargu nieograniczonego; umowa nr 2811/27/2014 z 16.09.2014 r. z wykonawcą (konsorcjum firm): Budimex S.A. Warszawa (lider), Strabag Sp. z o. o. Pruszków (dalej: umowa na kontynuację budowy autostrady – umowa nr 4). Inwestycja w trakcie realizacji.

Zamawiający wyjaśnił, iż udzielone zamówienie z wolnej ręki jest zamówieniem dodatkowym do postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę OUA (umowa z 20.09.2013 r. z: Erbud S.A.).

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie dodatkowe dotyczy pośrednio zamówienia na budowę autostrady (umowa z 23.09.2010 r.), gdyż obejmuje jego niezrealizowaną część w zakresie budowy linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowy oświetlenia terenu OUA, teletechnik, dostawy i montażu oczyszczalni ścieków, kanalizacji deszczowej odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawy i montażu zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne.

Zamawiający wskazał, iż różnica w przedmiocie zamówienia wynikającego z postępowania na budowę autostrady a postępowaniem na budowę OUA, polega na tym, że w pierwszym postępowaniu przedmiot zamówienia obejmował zakres robót dotyczący budowy autostrady i wykonania urządzeń podziemnych oraz doprowadzeniem sieci do planowanych w przyszłości budynków OUA, natomiast drugie postępowanie obejmowało jedynie budowę obiektów kubaturowych OUA Wierzbna z ich podpięciem do wcześniej wykonanych sieci w ramach zamówienia na budowę autostrady. Zamawiający w uzasadnieniu dokonanego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż:

- zamówienie dodatkowe zostało udzielone Wykonawcy zamówienia podstawowego – Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie;
- wykonanie wskazanego zakresu robót nie było objęte zadaniem podstawowym, tj. umową na budowę OUA;
- wartość zamówienia dodatkowego nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego została określona na podstawie Kosztorysu Inwestorskiego, który opiewał na kwotę 2.101.729,62 zł netto, (2.585.127,43 zł brutto), co stanowiło 20,3% wartości realizowanego zamówienia, wynoszącego 10.364.930,81 zł netto, (12.748.864,90 zł brutto) i nie przekraczało łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia (pierwsze zamówienie dodatkowe dla tego Kontraktu);
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, ponieważ konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego nie można było stwierdzić na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Roboty objęte zamówieniem dodatkowym, od których uzależnione jest wykonanie obiektów kubaturowych były zawarte w udzielonym zamówieniu na budowę autostrady A-4 na odcinku Rzeszów-Jarosław (dł. 41.2km), która była realizowana przez Konsorcjum firm: Polimex Mostostal S.A./Doprastav a.s. od 2010 r. Budowa obwodu OUA nie mogła być powierzona ww. Konsorcjum, ze względu na fakt, że w czasie udzielania zamówienia Konsorcjum na budowę autostrady nie opracowane były rozwiązania projektowe w zakresie obiektów Policji usytuowanych na OUA. Zamawiający podkreślił, iż Policja zmieniła swoje uzgodnienie dotyczące powierzchni budynku administracyjnego w trakcie realizacji autostrady i Zamawiający, kierując się dbałością o wydatkowanie środków publicznych zoptymalizował projekt budynku administracyjnego, dostosowując go do aktualnych potrzeb Policji. Nie można było przewidzieć, że budowa autostrady, powierzona do wykonania ww. profesjonalnemu wykonawcy, nie zostanie przez niego zrealizowana i nastąpi odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Zamawiający wskazał, iż w chwili podpisania umowy z firmą Erbud S.A. w 2013 r. zakres robót będących przedmiotem zamówienia dodatkowego miał być wykonany przez Konsorcjum firm: Polimex Mostostal S.A./Doprastav a.s. i gdyby umowa na budowę autostrady została zrealizowana przez ww. Konsorcjum nie byłoby potrzeby udzielenia zamówienia dodatkowego firmie Erbud S.A. Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z tym, że zakres robót objęty umową na budowę autostrady z 23.09.2010 r. nie został zrealizowany przez wykonawcę Konsorcjum firm: Polimex Mostostal S.A./Doprastav a.s. niemożliwe było wykonanie kolejnego etapu objętego umową na budowę OUA z firmą Erbud S.A. z 20.09.2013 r. z powodu braku możliwości przeprowadzenia testów, prób i pomiarów niezbędnych do uruchomienia większości instalacji wszystkich obiektów kubaturowych. Zamawiający wyjaśnił, iż wszczynając postępowanie

w lutym 2014 r. w trybie przetargu nieograniczonego na „Kontynuację budowę autostrady A4, odcinek Rzeszów (węzeł Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi” (zamówieniem na kontynuację budowy autostrady) objął zakresem niniejszego postępowania roboty będące przedmiotem zamówienia dodatkowego udzielonego w trybie z wolnej ręki na „Budowę linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowę oświetlenia terenu OUA, teletechnikę – uzupełnienie, dostawę i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizację deszczową – odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawę i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne” (zamówienie dodatkowe). Wskazał, iż zakres robót zamówienia dodatkowego, który był objęty zamówieniem na kontynuację budowy autostrady, został wyłączony z zakresu robót do wykonania w ramach umowy na kontynuację budowy autostrady. Procedura związana z wyłączeniem części robót objętych zamówieniem na kontynuację budowy autostrady została rozpoczęta przez Zamawiającego dnia 12.08.2014 r., tj. przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego. Decyzja o konieczności wyłączenia robót z zamówienia na kontynuację budowy autostrady została podjęta ze względu na czas w jakim ten zakres robót mógłby być wykonany przez przyszłego wykonawcę kontynuacji budowy autostrady i skutki z tego wynikające. Wykonawca realizujący umowę na budowę OUA zobowiązany był do zakończenia realizacji zamówienia w terminie do dnia 30.09.2014 r. W przypadku braku udzielenia zamówienia dodatkowego do umowy na budowę OUA należałoby się liczyć z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów szacowanych na co najmniej kilka mln zł. (dodatkowe koszty wykonawcy w okresie przedłużenia oraz brak możliwości uruchomienia ogrzewania budynków w okresie zimowym 2014/2015, co doprowadziłoby do ich degradacji, utraty gwarancji, dodatkowo powiększając straty z tego tytułu). Termin rozpoczęcia wykonania przedmiotowego zakresu robót przez przyszłego Wykonawcę robót kontynuacji budowy autostrady, uwzględniając trwającą procedurę przetargową (ewentualne odwołania, kontrola uprzednia Prezesa UZP, procedury związane z uzgodnieniem Gwarancji Należytego Wykonania Umowy, termin podpisania Umowy), termin przekazania terenu budowy, mobilizacja Wykonawcy, inwentaryzacja terenu budowy po poprzednim Wykonawcy, zawarcie i uzgodnienie umów o podwykonawstwo, wyłączenie z czasu realizacji robót okresów zimowych (od 15 grudnia do 15 marca), zostałyby przesunięty o min. 6 miesięcy. Biorąc również pod uwagę czas niezbędny na wykonanie robót wskazanych z zamówienia dodatkowego, tj. 14 tygodni niemożliwe byłoby ich wykonanie przez wykonawcę kontynuacji budowy autostrady przed okresem zimowym 2014/2015. Według Zamawiającego zamówienie na kontynuację budowy autostrady, jak i zamówienie dodatkowe były skutkiem odstąpienia przez Zamawiającego w dniu 14.01.2014 r. od umowy na budowę autostrady

z dnia 23.09.2010 r. z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czego Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie udzielania zamówienia podstawowego na budowę OUA Wierzbna. Na tle powyższego stanu faktycznego Prezes UZP uznał co następuje:

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, tj. 18.08.2014 r. Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Tym samym, muszą łącznie zaistnieć następujące okoliczności:

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

Jednocześnie, dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykazać, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, natomiast dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W ocenie Prezesa UZP, mając na uwadze zaistniały stan faktyczny, należy wskazać, iż Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w celu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp. Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp. Należy stwierdzić, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli Zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez udzielenia zamówień

dodatkowych, to nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. Na wstępie wskazał, iż zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego udzielone zamówienie w trybie z wolnej ręki jest zamówieniem dodatkowym do postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę autostrady A4, na odcinku Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi – „budowa Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA) na terenie węzła Wierzbna”* (umowa na budowę OUA – z 20.09.2013 r. zawarta z: Erbud S.A.). W związku z powyższym zauważył, iż zamówienie dodatkowe dotyczyło bezpośrednio zamówienia objętego umową z 23.09.2010 r. na *Budowę autostrady A-4, odcinek Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450*, zawartą z konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A./Doprastav a.s. (wykonawca wybrany w I postępowaniu przetargowym) i polegało na dokończeniu robót niezrealizowanych przez ww. konsorcjum, z którym Zamawiający odstąpił od umowy w dniu 14.01.2014 r. Nie miało zatem wpływu na wykonanie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie objętego kolejną umową, tj. na budowę OUA zawartą z Erbud S.A. Pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był zatem w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana była jedynie wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego na budowę autostrady. O tym, iż wykonanie zamówienia dodatkowego obejmujące *budowę linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowę oświetlenia terenu OUA, teletechnikę – uzupełnienie, dostawę i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizację deszczową – odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawę i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne*, nie było niezbędne do realizacji umowy na budowę OUA z 20.09.2013 r. zawartą z wykonawcą: Erbud S.A., świadczy również fakt, iż zamówienie to zostało początkowo objęte innym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego na *Kontynuację budowę autostrady A4, odcinek Rzeszów (węzeł Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (zamówieniem na kontynuację budowy autostrady), wszczętym w lutym 2014 r. i udzielonym umową z 16.09.2014 r. konsorcjum firm: Budimex S.A. Warszawa (lider), Strabag Sp. z o. o. Pruszków. Jak wskazał Zamawiający *decyzja o konieczności wyłączenia robót z zamówienia na kontynuację budowy autostrady została podjęta ze względu na czas w jakim ten zakres robót mógłby być wykonany przez przyszłego wykonawcę kontynuacji budowy autostrady i skutki z tego wynikające. Wykonawca realizujący umowę na budowę OUA zobowiązany był do zakończenia realizacji zamówienia w terminie do dnia 30 września 2014 r.* Jedną z koniecznych do spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp jest wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na

skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jednocześnie, nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Należy też zwrócić uwagę, iż odstąpienie od umowy, czy też niewłaściwe jej wykonywanie nie może być uznane za sytuacją nieprzewidywalną. W prowadzonej przez Komisję procedurze w sprawie naruszenia prawa europejskiego przez Słowację rząd słowacki uzasadniał zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia pilną koniecznością (niezbędność obsługi prawnej dla realizacji projektu) wynikającą z okoliczności, których nie można było przewidzieć (nienależyte wykonanie umowy). Komisja stanęła na stanowisku, że udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, naruszono obowiązek przejrzystości wywodzący się z ogólnych zasad traktatowych. Wskazano, iż odstąpienie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego, a fakt, iż umowa została rozwiązana z uwagi na jej nienależyte wykonywanie jasno wskazuje, że była to okoliczność, którą można było przewidzieć. W konsekwencji, zamówienie to powinno było być udzielone w trybie konkurencyjnym /Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 08.10.2009 r. (znak: IP/09/1470) o skierowaniu do Republiki Słowackiej uzasadnionej opinii w sprawie naruszenia art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE) (znak postępowania: 2008/4043)/. Również krótki termin realizacji umowy na budowę OUA nie stanowi podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp. Nie dotyczy bowiem przesłanek określonych ww. przepisie. Ponadto nie zgodził się z wyjaśnieniami złożonymi przez Zamawiającego, iż w przypadku niewykonania zamówienia dodatkowego, niemożliwe byłoby wykonanie zamówienia podstawowego w sposób prawidłowy bez wykonania robót niezrealizowanych przez wykonawcę budowy autostrady. Zamawiający nie wykazał bowiem, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało bowiem pierwotnie z odstąpienia umowy na budowę autostrady przez Zamawiającego, a następnie z wyłączenia części robót objętych zamówieniem na kontynuację budowy autostrady (umowa z konsorcjum firm: Budimex S.A. Warszawa – Lider, Strabag Sp. z o. o. Pruszków) w związku z koniecznością wykonania umowy na budowę OUA w terminie do dnia 30.09.2014 r. Tym samym należy przyjąć, że inwestycja była realizowana zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego *pn.: Budowa autostrady A4, na odcinku Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlanymi/urządzeniami budowlanymi – „budowa Obwođu Utrzymania Autostrady (OUA) na terenie węzła Wierzbna”* realizowanego z Wykonawcą Erbud S.A. W konsekwencji, nie można przyjąć, że jego wykonanie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Reasumując stwierdził, że Zamawiający nie wykazał

spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył - art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 12.01.2017 r. (znak: GDDKiAO/RZ.D-3-as-/284/R/160/2014/2017) /wpływ 16.01.2017 r./ do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Na wstępie poinformował, iż w związku z perspektywą finansową 2007-2013 w Unii Europejskiej, Rada Ministrów Uchwałą nr 163/2007 z dnia 25 września 2007 r. ustanowiła program wieloletni pod nazwą „*Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2008-2012*” w którym *priorytetem inwestycyjnym do 2012 roku uznano między innymi budowę autostrady A-4 Rzeszów-Korczowa*. W programie tym w związku z przyznaniem Polsce i Ukrainie prawa organizowania Mistrzostw Europy w piłce nożnej w 2012 r., zaproponowano przyspieszenie terminów realizacji zadań, jakie uznano za kluczowe pod kątem budowy sieci dróg w związku z organizacją EURO 2012. Wśród tych zadań znalazła się również budowa autostrady A-4 Rzeszów-Korczowa z okresem realizacji 2009-2011. Aby sprostać wymaganiom Rady Ministrów określonym w/w programie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad stanęła przed koniecznością ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław w sytuacji braku końcowych uzgodnień, a tym samym projektu na budowę OUA Wierzbna. W związku z powyższym Zamawiający zdecydował o wyłączeniu zakresu dotyczącego budowy OUA Wierzbna do osobnego postępowania, z uwagi na brak rozwiązań projektowych w zakresie obiektów, w tym obiektu policji, OUA Wierzbna. Zamawiający posiadał jedynie koncepcję rozwiązań w przedmiotowym zakresie, która dopiero w 2013 r. mogła być zmodyfikowana i dostosowana do zapotrzebowania policji, a projekt budowlany OUA umożliwiający budowę sfinalizowany. Zamawiający celem sprecyzowania wskazuje, że w ramach umowy na budowę OUA miały zostać wykonane obiekty na terenie OUA Wierzbna wraz z uzyskaniem pozwoleń na użytkowanie, natomiast w ramach umowy na budowę autostrady A-4 budowa linii niskiego napięcia dla zasilania obiektów OUA, budowa oświetlenia terenu OUA, teletechnika-uzupełnienie, dostawa i montaż oczyszczalni ścieków, kanalizacja deszczowa-odwodnienie liniowe, przyłącza wod-kan do budynków oraz dostawa i montaż zbiorników bezodpływowych na materiały niebezpieczne. Objęcie wykonaniem powyższych instalacji na terenie OUA Wierzbna przez wykonawcę budowy autostrady A-4 wynikało z konieczności synchronizacji obu postępowań oraz przyspieszenia budowy budynków OUA Wierzbna (Wykonawca budowy OUA miał mieć przygotowany teren pod realizację zadania - media w zakresie umożliwiającym późniejsze wybudowanie obiektów kubaturowych). Natomiast, co warto wskazać wykonanie większości instalacji znajdujących się na OUA Wierzbna przez

Wykonawcę budowy autostrady wynikało z konieczności zapewnienia mediów, w szczególności oświetlenia, dla danego odcinka autostrady w tym węzła Wierzbna. Zamawiający udzielał zamówienia na budowę OUA przy założeniu, że roboty od których uzależnione jest wykonanie umowy na budowę OUA wraz z pozwoleniem na użytkowanie zostaną wykonane przez wykonawcę budowy autostrady. Zamawiający, w związku z odstąpieniem od umowy na budowę autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław, wszczynając w lutym 2014 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na kontynuację budowy autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław objął zakresem tego postępowania wszystkie roboty pozostałe do dokończenia, w tym będące przedmiotem późniejszego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dodatkowego. Decyzja o konieczności wyłączenia robót z zamówienia na kontynuację budowy A-4 została podjęta ze względu na czas w jakim ten zakres robót mógłby być wykonany przez przyszłego wykonawcę kontynuacji budowy autostrady i skutki finansowe oraz degradację budynków OUA, z tego wynikające.

Odnosnie stwierdzenia braku wykazania, że wykonanie zamówienia podstawowego było niemożliwe do wykonania bez udzielenia zamówienia dodatkowego, wskazujemy okoliczności i fakty potwierdzające prawidłowość przyjęcia takiej przesłanki: W związku z tym, że zakres robót wskazany w przedmiotowym zamówieniu dodatkowym nie został zrealizowany przez wykonawcę budowy autostrady niemożliwe było wykonanie kolejnego etapu budowy OUA Wierzbna objętego umową z Firmą ERBUD S.A. z 20.09.2013r., z powodu braku możliwości przeprowadzenia testów, prób i pomiarów niezbędnych do uruchomienia większości instalacji wszystkich obiektów kubaturowych. Podkreślił, że zakres umowy podstawowej obejmował pomyślnie przeprowadzenie prób i uzyskanie pozwoleń na użytkowanie. Samo zaś przeprowadzenie prób było uzależnione od wykonania zakresu robót wskazanego w zamówieniu dodatkowym, a tym samym niemożliwe byłoby dokonanie odbioru robót zgodnie z wymogami STWIORB (uzależnienie odbioru od pomyślnie przeprowadzonych prób). Zamawiający przeprowadził rozpoznanie i otrzymał potwierdzenie braku możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektów bez wykonania elementów wskazanych w zamówieniu dodatkowym. Udzielenie zamówienia dodatkowego umożliwiło tym samym przeprowadzenie prób końcowych a w konsekwencji wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego oraz utrzymanie gwarancji na wykonane już elementy obiektów. Poniżej podał wykaz podstawowych prób, od wykonania których zależne było uzyskanie opinii do uzyskania pozwoleń, przeprowadzenia odbiorów i przejęcia obiektów, których wykonanie nie jest możliwe bez udzielenia zamówienia dodatkowego:

- w budynkach występują instalacje słaboprądowe, instalacje podstawowe elektryczne oraz instalacja odgromowa, ale ich prawidłowy odbiór jest uwarunkowany podaniem zasilania docelowego;

- budynek magazynu soli jest już wykonany i po odbiorze technicznym, ale obiekt może być eksploatowany po wykonaniu zasilania docelowego (wykonaniu pomiarów elektrycznych w tym pomiarów ochrony przeciwporażeniowej) oraz zasilania wodnego potrzebnego do wykonanie rozruchu technologicznego, bez tych pomiarów obiekt nie może być odebrany;
- niemożliwe jest wykonanie testów wyłączników ppoż. we wszystkich obiektów bez podania zasilania docelowego;
- bez zasilania docelowego niemożliwe jest przeprowadzenie uruchomień i rozruchów urządzeń grzewczych i wentylacyjnych wszelkie umowy serwisowe warunkują udzielenia gwarancji na urządzenia rozruchem i uruchomienie na docelowym zasilaniu;
- brak zasilania i zagazowania doziemnej instalacji gazowej uniemożliwia rozruch i eksploatację kotłowni - obiekty w okresie jesienno-zimowym nie będą ogrzewane;
- brak przyłączenia wodociągowego skutkuje brakiem wody bytowej w instalacji budynków oraz uniemożliwia przeprowadzenie prób technologicznych instalacji co. oraz oczyszczalni ścieków;
- brak elementów sieci TT uniemożliwia przeprowadzenie prób i uruchomienie oraz eksploatację instalacji teletechnicznej oraz strukturalnej.

Od wykonania sieci, instalacji, o których mowa wyżej uzależnione było uzyskanie pozytywnej opinii Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Przeworsku (pismo znak PSNZ.4620-08/14 z dnia 30.06.2014r w załączeniu) co w przypadku jej braku skutkowałoby sprzeciwem do wniosku o pozwolenie na użytkowanie obiektów. Reasumując bezwzględnie konieczne było wykonanie wyżej wymienionych robót dodatkowych, od których uzależnione było wykonanie zamówienia podstawowego i prawidłowe funkcjonowanie obiektów OUA (w tym zapobieżenie ich degradacji i niewątpliwie zasadnym roszczeniom Wykonawcy). Niewykonanie robót dodatkowych skutkowałoby koniecznością wstrzymania robót związanych z budową OUA. Nieudzielenie zamówienia dodatkowego uniemożliwiłoby również Wykonawcy zrealizowanie procedur kontrolnych przez PSP oraz PIS, a w dalszej kolejności procedury uzyskania Pozwolenia na użytkowanie od WINB do czego zobowiązany był postanowieniami umowy (w szczególności Subklauzula 8.2 pkt. (d) SWK). Funkcjonowanie obiektów użyteczności publicznej oraz specjalnych (wiata na sól z urządzeniem do wytwarzania solanki) będących przedmiotem zamówienia podstawowego na budowę OUA, zgodnie z założonym pierwotnie przeznaczeniem, bez wykonania zamówienia dodatkowego byłoby niemożliwe z uwagi na niespełnienie warunków określonych w § 45-47 oraz § 49, § 51, § 53.1, § 56, § 132.1 Rozporządzenia Min. Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie - stanowiłoby podstawę do odmowy udzielenia pozwolenia na użytkowanie przez Organ Nadzoru Budowlanego. Zamawiający nie mógł

przyjając, że zgodne ze stanem faktycznym jest stwierdzenie zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej: „Zamawiający nie wykazał bowiem, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało bowiem pierwotnie z odstąpienia umowy na budowę autostrady przez Zamawiającego, a następnie z wyłączenia części robót objętych zamówieniem na kontynuację budowy autostrady (umowa z konsorcjum firm: Budimex SA Warszawa - Lider, Strabag Sp. z o. o. Pruszków) w związku z koniecznością wykonania umowy na budowę OUA w terminie do dnia 30 września 2014 r.". Wszczęcie postępowania na kontynuację budowy autostrady miało miejsce w dniu 14.02.2014 r., a zakres robót w nim objęty zawierał również roboty, na które Zamawiający był zmuszony udzielić dodatkowego zamówienia. Zostało ono wszczęte w dniu 18.08.2014 r., to jest po ustaleniu faktycznego zakresu koniecznych robót, bez których niemożliwe było ukończenie umowy na budowę obiektów kubaturowych OUA (tj. zamówienia podstawowego) oraz ustalenie zakresu robót koniecznych do wyłączenia w ramach wszczętego już postępowania o udzielenie zamówienia na kontynuację budowy. Sam fakt i procedura wyłączenia były prowadzone równoległe z przygotowaniem wniosku o udzielenie zamówienia dodatkowego (pismo GDDKiA O/RZ.KP-05-tt-4452-A4RzJ-12C-001-I/14 z 12.08.2014 r. w załączeniu). Udzielenie wykonania robót dodatkowych dokończenia budowy sieci i instalacji zewnętrznych umożliwiło Zamawiającemu przejście i właściwe utrzymanie obiektów w okresie zimowym i zapobiegło powstaniu strat o znacznej wartości w mieniu Skarbu Państwa oraz utracie 5- letniej gwarancji z tytułu wykonania robót oraz stratom z tytułu roszczeń Wykonawcy. Ze względu na to, iż wykonanie zakresu robót objętego zamówieniem dodatkowym przez Wykonawcę umowy na kontynuację budowy autostrady A-4, uwzględniając procedury odbiorowe i mobilizację wykonawcy, przygotowanie i wprowadzenie zmian, trwałoby min. 6 miesięcy, niemożliwym byłoby ich wykonanie przed okresem zimowym (termin wykonania umowy na budowę OUA). Wskazał, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia dodatkowego przeprowadził analizę pozostałych robót, które dotyczyły terenu OUA i nie były wykonane przez poprzedniego wykonawcę, a nie warunkowały uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektów kubaturowych i nie wprowadził ich do zamówienia dodatkowego (np. nawierzchnie jezdni, chodników, ogrodzenie OUA) pozostawiając tylko, te które były niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, a tym samym posiadały przymiot niezbędności dla wykonania zamówienia podstawowego co zostało opisane powyżej. Zamawiający nie może się zgodzić również ze stanowiskiem Prezesa UZP jakoby pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana była jedynie odstąpieniem od umowy na budowę autostrady przez Zamawiającego. Jak wskazano powyżej zakres umowy podstawowej obejmował uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, co byłoby niemożliwe bez przeprowadzenia stosownych prób, które to próby nie byłyby możliwe

do wykonania bez udzielenia zamówienia dodatkowego. Zamawiający podkreśla, że bez przeprowadzenia wyżej wskazanych prób nie można stwierdzić funkcjonalności pierwotnie zakładanego zakresu zamówienia podstawowego. Podkreślenia wymaga również, że w założeniu Zamawiającego prace na kontraktach budowa autostrady i budowa OUA miały być zsynchronizowane z uwagi na uwarunkowanie zakończenia umowy na OUA od wykonania zakresu objętego zamówieniem dodatkowym przez Wykonawcę budowy autostrady. Powołane okoliczności wskazują, że do wykonania zakresu zamówienia podstawowego pn.: Budowa autostrady A4, na odcinku Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) - Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlanymi/urządzeniami budowlanymi - budowa Obwodu Utrzymania Autostrady (QUA) na terenie węzła Wierzbna" realizowanego z Erbud S.A., niezbędne było wykonanie będącego przedmiotem kontroli zamówienia dodatkowego, ponieważ bez wykonania tych robót niemożliwe było uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla obiektów objętych w/w umową podstawową. Zamawiający stwierdził, że nie sposób nie zgodzić się ze stwierdzeniem Prezesa UZP, że sam fakt możliwości odstąpienia od umowy jest przewidywalny. Świadczą o tym chociażby postanowienia umowy na budowę autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław przewidujące możliwość odstąpienia. W ocenie Zamawiającego nie można mylić konstrukcji umownej zawierającej instytucję cywilistyczną jaką jest odstąpienie od umowy od możliwości przewidzenia zachowania kontrahenta przy założeniu profesjonalizmu oraz rękojmi należytego wykonania umowy m.in. poprzez wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz pozostałych wymogów SIWZ. Przy rozważaniu przesłanki nieprzewidywalności sytuacji, na skutek której koniecznym było wykonanie zamówienia dodatkowego w kontekście odstąpienia od umowy, należy wziąć pod uwagę okoliczności realizacyjne kontraktu na budowę autostrady (znane Zamawiającemu podczas wszczynania postępowania na budowę OUA) oraz brak możliwości przewidzenia przez zamawiającego momentu w którym strony mogłyby ewentualnie odstąpić od umowy. W związku z powyższym wskazał, iż sam fakt możliwości odstąpienia od umowy, podobnie jak wystąpienia powodzi, huraganu itp. (siła wyższa jak i każdej innej sytuacji) możliwe jest do przewidzenia. Zamawiający nie jest jednak w stanie przewidzieć momentu wystąpienia danej okoliczności tak jak w niniejszym przypadku daty odstąpienia od umowy (zaawansowania prac w dacie odstąpienia i ich konsekwencji), a tym samym zabezpieczyć swoje interesy przewidując odpowiednie postanowienia umowne. Powyższe związane jest z okolicznością, że Zamawiający zgodnie z art. 29 Pzp zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W maju 2013 r. (przygotowanie i wszczęcie przetargu na budowę OUA) Zamawiający nie mógł przewidzieć sytuacji odstąpienia od umowy na budowę autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław. Otóż sytuacja w której Wykonawca ma bardzo dobrze wyceniony kontrakt, dostaje przedłużenie czasu na

ukończenie (kontrakt miał być ukończony w lipcu 2012 r.) i nie uznaje przyznanych mu dodatkowo zgodnie z warunkami kontraktu czasów na ukończenie oraz nie podpisuje Aneksów terminowych, które jednocześnie są podstawą do przyznania dodatkowych kosztów ogólnych i kosztów zarządu jest ewenementem i niewątpliwie jest to sytuacja niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego. Podkreślił, że Wykonawca na przełomie 2013/2014r. podtrzymywał chęć i wyrażał wolę kontynuacji robót, tym bardziej że zrealizował już najbardziej problematyczną część zamówienia. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, na które powołała się Komisja w sprawie naruszenia prawa europejskiego przez Słowację rząd słowacki, że „odstąpienie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego”. W tym konkretnym przypadku Zamawiający zmuszony był do odstąpienia od umowy z wykonawcą budowy autostrady A-4 Rzeszów-Jarosław z uwagi na okoliczności wskazane w *Odstąpieniu Zamawiającego od Kontraktu* z 14.01.2014 r. (zał. nr 13 do pisma z 22.05.2015). Kwestia „zależności” od Zamawiającego nie jest kwestią „uznania” przez Stronę umowy, ale czasem jest obowiązkiem (tak jak w tym przypadku) urzeczywistniającym wyraz dbałości o interes publiczny z poszanowaniem zasad finansów publicznych. Czynność prawna odstąpienia od umowy - nie może być kwalifikowana jako „okoliczność” gdyż jest to już skutek okoliczności, a nie odrębna „samoistna” „okoliczność” leżąca u podstaw przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki. W świetle zdobytych doświadczeń przy kontraktach związanych z budową autostrady A-4 i znaczących skutków finansowych związanych z odstąpieniem uznaliśmy, że dla tego kontraktu odstąpienie od umowy jest ostatecznością, tym bardziej, że na skutek działań Zamawiającego podejmowanych w 2013 r. związanych z poprawą przepływów finansowych i deklaracji Wykonawcy zaistniały przesłanki wskazujące na zasadność kontynuacji realizacji kontraktu z ewidentną korzyścią dla obu stron umowy. Nie bez znaczenia jest również fakt, że ogłoszenie przetargu na budowę OUA było odwlekane w czasie właśnie z uwagi z problemy z realizacją kontraktu na budowę autostrady. Ponadto Wykonawca budowy autostrady wielokrotnie deklarował zakończenie robót podstawowych na terenie OUA i cały czas istniały przesłanki do stwierdzenia, że roboty które wskazano w zamówieniu dodatkowym zostaną ukończone w terminie umożliwiającym prawidłowe zakończenie umowy na budowę obiektów kubaturowych OUA. W świetle wyżej powołanego uzupełnienia i wskazania faktycznych okoliczności odstąpienia, przyjęcie zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności takiej sytuacji jest jak najbardziej uzasadnione. Zdaniem Zamawiającego każda sytuacja powinna być indywidualnie oceniana pod kątem jej przewidywalności. Nie jest prawidłowe przyjęcie przewidywalności odstąpienia od umowy podczas gdy Zamawiający w ramach dużych kontraktów (kontrakt miał wartość 2.5 mld zł) na budowę dróg nigdy nie jest w stanie przewidzieć w jakim stopniu zaawansowania robót może ono nastąpić, a tym samym jaki zakres robót zostanie jeszcze do wykonania. Inna sytuacja będzie mieć miejsce w prostych

umowach na usługi takie jak: ochrona, sprzątanie gdy Zmawiający jest w stanie ocenić konsekwencje odstąpienia od umowy na etapie wszczynania postępowania. Nie bez znaczenie pozostaje w naszej opinii również fakt, że okoliczności odstąpienia i prawidłowość działań Zamawiającego były oceniane przez kontrolerów NIK Delegatura w Rzeszowie (Sygn. wystąpienia pokontrolnego LRZ-4114-004-01/2014, 1/14/007), a ostateczne ustalenia kontroli potwierdziły prawidłowość działań Zamawiającego w tym zakresie. Podejmując decyzję uznał, że dochował wszelkiej staranności przy udzielaniu zamówienia dodatkowego celem dochowania zgodności z przepisami PZP, nie dopuszczając tym samym do powstania znacznych strat finansowych i umożliwiając pomyślne zakończenie kontraktu na budowę obiektów kubaturowych OUA. Mając na uwadze powyższe Zamawiający był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt.5 lit. b) Pzp. Podsumowując, stwierdził, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego z równoległym wyłączeniem robót w nim określonych z postępowania na kontynuację budowy autostrady A-4 wynikało z powołanych powyżej okoliczności oraz, co niezwykle istotne, z analizy zaawansowania postępowania na kontynuację budowy autostrady i faktu, że roboty te nie mogły być dokończone przez wykonawcę kontynuacji budowy w terminie pozwalającym na przeprowadzenie prób i uzyskanie pozwolenia przed okresem zimowym 2014/2015, co w naturalny sposób doprowadziłoby do wielomilionowych strat Skarbu Państwa. Podkreślił, iż w ocenie Zamawiającego, a zgodnie z poglądami i orzecznictwem przedmiotu niezbędnym warunkiem ustalenia i przypisania nieprawidłowości w działaniu jest wskazanie możliwości zgodnego z prawem zachowania się w sytuacji, w której działał, w tym przypadku Zamawiający, ponieważ nie można abstrahować od sytuacji zarówno wewnątrz jednostki, jak i w jej zewnętrznym otoczeniu, w tym dochowania terminów determinowanych uwarunkowaniami niezależnymi od prowadzącego postępowanie (jak choćby niezręczność uczestników postępowania przetargowego czy też oczekiwania wyrażane w tym przypadku przez Radę Ministrów a dyktowane interesem publicznym), wpływających na możliwość podejmowania czynności przez Zamawiającego zgodnie z modelowym wzorcem działania. Dotychczas Prezes UZP takiego wzorca, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu okoliczności opisanych w sprawie - nie wskazał.

Prezes UZP w odpowiedzi z 31.01.2017 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/41(6)/16/LB KNZ/18/16/DKD) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Na wstępie stwierdził, iż podnoszone przez Zamawiającego okoliczności związane ze zmianą priorytetów *Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2008 – 2012 oraz powodami wyłączenia zakresu dotyczącego budowy OUA Wierzbna do*

osobnego postępowania, z uwagi na brak rozwiązań projektowych w zakresie obiektów, są w przedmiotowej sprawie bez znaczenia dla spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp. Wyłączenie z zakresu inwestycji związanej z *Budową autostrady A-4 Rzeszów – Korczowa* zadania dotyczącego „*Budowy Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA) na terenie węzła Wierzbna*” (umowa na budowę OUA) do odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesądziło, iż zamówienie na *Budowę autostrady A-4, odcinek Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450* (umowa na budowę autostrady) oraz ww. zamówienie na budowę OUA należy traktować jako dwa odrębne zamówienia. Udzielanie zamówień dodatkowych będzie zatem dotyczyło odrębnie każdego z dwóch etapów realizacji budowy autostrady. Z treści cytowanego art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp wynika, iż zamówienie dodatkowe musi być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamawiający w odpowiedzi na zastrzeżenia wyjaśniał natomiast, iż *w związku z tym, że zakres robót wskazany w zamówieniu dodatkowym nie został zrealizowany przez wykonawcę budowy autostrady niemożliwe było wykonanie kolejnego etapu budowy OUA Wierzbna objętego umową z firmą Erbud S.A.* W związku z powyższym zauważył, iż zamówienie dodatkowe dotyczyło bezpośrednio zamówienia objętego umową z 23.09.2010 r. na *Budowę autostrady A-4, odcinek Rzeszów (węzeł Rzeszów Wschód) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+250 do km 622+450*, zawartą z konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A./Doprastav a.s. (wykonawca wybrany w I postępowaniu przetargowym) i polegało na dokończeniu robót niezrealizowanych przez ww. konsorcjum, z którym Zamawiający odstąpił od umowy w dniu 14.01.2014 r. Nie miało zatem wpływu na wykonanie zamówienia podstawowego, tj. na budowę OUA zawartą z Erbud S.A. Podkreślił, że o tym, iż wykonanie zamówienia dodatkowego, nie było niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego, tj. umowy na budowę OUA z 20.09.2013 r. zawartej z wykonawcą: Erbud S.A., świadczy również fakt, iż zamówienie to zostało objęte innym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego na *Kontynuację budowę autostrady A4, odcinek Rzeszów (węzeł Wschodni) – Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (zamówieniem na kontynuację budowy autostrady), wszczętym w lutym 2014 r. i udzielonym umową z 16.09.2014 r. konsorcjum firm: Budimex S.A. Warszawa (lider), Strabag Sp. z o. o. Pruszków. Jak wskazał Zamawiający *decyzja o konieczności wyłączenia robót z zamówienia na kontynuację budowy autostrady została podjęta ze względu (...), iż Wykonawca realizujący umowę na budowę OUA zobowiązany był do zakończenia realizacji zamówienia w terminie do dnia 30 września 2014 r.* W tym miejscu zasadnym jest przytoczenie opinii rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmer w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom przedstawionej w dniu 8.02.1996 r. W opinii tej Rzecznik

wskazał, iż *gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18)*. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał także, iż w niniejszej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Powyższe dotyczy także okoliczności powoływanej przez Zamawiającego a dotyczącej odstąpienia od umowy nr 2811/45/2010 z 23.09.2010 r. zawartej z wykonawcą Konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A. Warszawa (lider), Doprastav a.s. Słowacja (umowa na budowę autostrady). O tym, iż odstąpienie od umowy z 23.09.2010 r. nie było sytuacją nieprzewidywalną wskazywały problemy związane z jej realizacją znane Zamawiającemu już na początkowym etapie realizacji zamówienia. Zgodnie z odstąpieniem Zamawiającego od Kontraktu z 14.01.2014 r. podstawą odstąpienia od umowy była: 1. subklauzula 15.2 (a) Warunków Kontraktu – brak zastosowania się Wykonawcy do wezwań do poprawienia Warunków Kontraktu (wezwanie z 20.05.2011 r., 12.04.2012 r., 22.06.2012 r., 14.05.2013 r. oraz 16.09.2013 r.) – w uzasadnieniu stwierdzono, iż *mimo zakreślonych przez Inżyniera Kontraktu terminów na wdrożenie działań naprawczych mających na celu nadrobienie opóźnień leżących po stronie Wykonawcy, Konsorcjum nie podjęło stosownych działań mających na celu wywiązanie się ze zobowiązań nałożonych wezwaniem*; 2. subklauzula 15.2 (b) i (c) Warunków Kontraktu – w uzasadnieniu stwierdzono, iż *Wykonawca od początku realizacji Kontraktu nie wykazywał należytego i profesjonalnego zaangażowania umożliwiającego sprawną realizację robót. Powołane uchybienia, zaniedbania i błędy w realizacji Kontraktu leżące po stronie Wykonawcy są na tyle długotrwałe i, poważne i istotne, że nie dają gwarancji, iż Wykonawca zakończy realizację Kontraktu w terminie przedstawionym przez siebie w planie robót*; 3. subklauzula 15.2 (e) Warunków Kontraktu – w uzasadnieniu stwierdzono, iż *od początku realizacji Kontraktu Zamawiający otrzymał 93 wezwania do zapłaty od zaakceptowanych podwykonawców, którzy zwrócili się o płatność do Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. ze względu na brak płatności od Wykonawcy. Pomimo wezwań Zamawiającego do Wykonawcy o zwrot zapłaconych przez GDDKiA za Wykonawcę na rzecz podwykonawców kwot, Wykonawca nie dokonał ich zwrotu. W stosunku do Wykonawcy prowadzone były również liczne postępowania egzekucyjne przez jego wierzycieli. Wskazujemy, że do GDDKiA w latach 2012 i 2013 wpłynęło 29 zajęć komorniczych*; 4. przepisy k.c. – w tym art. 635 k.c. w związku z art. 656 k.c. W konsekwencji Zamawiający był świadomy istnienia powyższych okoliczności przed udzieleniem zamówienia podstawowego (umowa z 20.09.2013 r.). Tym samym, odstąpienie od umowy było przewidywalnym skutkiem stopniowo narastających problemów w realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie, konieczność udzielenia zamówienia nie zaszła nagle, na skutek

okoliczności, których Zamawiający się nie spodziewał, ale wskutek okoliczności, które następowały kolejno w przeciągu określonego okresu. Zamawiający był świadomy narastających *uchybień, zaniedbań i błędów w realizacji Kontraktu*, a tym samym miał świadomość zajścia okoliczności dających mu możliwość odstąpienia od umowy. Nie jest zatem tak, jak podnosi Zamawiający, że nie był w stanie przewidzieć momentu wystąpienia okoliczności odstąpienia od umowy. Nie można zatem uznać, że sytuacja w której znalazł się Zamawiający stanowiła sytuację nieprzewidywalną. Wyjaśnił także, iż Prezes UZP nie kwestionuje twierdzeń Zamawiającego odnośnie konieczności uzyskania *pozwolenia na użytkowanie obiektów budowlanych* wykonanych na podstawie umowy na budowę OUA. Należy jednakże zauważyć, iż Zamawiający od początku realizacji inwestycji miał świadomość istnienia dodatkowych obowiązków (odbioru robót zgodnie z wymogami STWIORB, uzyskania pozwoleń i opinii) wynikających z takiej inwestycji. Tym samym, powoływanie się przez Zamawiającego na ww. okoliczności nie zasługuje na uwzględnienie, nie mamy bowiem do czynienia z wystąpieniem sytuacji, w której nie można było wcześniej przewidzieć. Udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp nie uzasadnia również powoływanie się przez Zamawiającego na zachowanie ciągłości gwarancji ze strony Wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe w przypadku, gdy zamówienie dodatkowe udzielone zostanie właśnie temu Wykonawcy. Gwarancja jakości jest zobowiązaniem umownym, wynikającym z umowy, w której Wykonawca udziela określonej gwarancji na roboty budowlane, usługi przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki. Tym samym, nie ma przeszkód, aby czynności wykonywane przez różnych Wykonawców nie miały wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę zamówienia podstawowego. Powyższe potwierdziła również KIO w uchwale z 03.11.2011 r. (sygn. akt: KIO/KD 81/11).

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem wykazania przez Zamawiającego przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jak również naruszenia przez Zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, tj. 18.08.2014 r. Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów (a), lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (b).

Zamawiający sformułował zastrzeżenia co do stwierdzeń Prezesa UZP z informacji o wynikach kontroli, co do nie wykazania dwóch przesłanek warunkujących zastosowanie tego trybu (art. 67 ust.1 pkt 5 lit. b Pzp), tj. aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

W zakresie pierwszej ze spornych przesłanek, tzn., aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

Izba podnosi za dokonanyimi ustaleniami przez Prezes UZP, że wydzielenie formalne robót objętych przedmiotem zamówienia do dwóch odrębnych postępowań przetargowych

zakończonych podpisaniem umowy nr 1 /umowa na budowę autostrady/ i umowy nr 2 /umowa na budowę OUA/ było spowodowane brakami w dokumentacji projektowej, tj. projektu na budowę OUA Wierzbna, w tym zakresie obiektów Policji /jedynie koncepcja, która dopiero w 2013 r. mogła być zmodyfikowana i dostosowania do zapotrzebowania Policji/ usytuowanych na OUA /zał. nr 11 do pisma Zamawiającego z 22.05.2015 r. skierowanego do Prezesa UZP/ oraz OUA Wierzbno /obiekty na terenie OUA Wierzbna wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie/. Izba nie przeczy powyższemu, jednakże skoro na początku inwestycji Zamawiający pewien zakres robót budowlanych zakwalifikował do dwóch oddzielnych przetargów to należy traktować je konsekwentnie jako dwa odrębne zamówienia, do których należy odnieść regulacje ustawowe dotyczące zamówień podstawowych oraz zamówień dodatkowych. Należy zgodzić się, że nawet jeśli pierwotnie istniały powiązania, to wyodrębnienie generuje określone skutki dla inwestycji, a udzielenie zamówień dodatkowych będzie dotyczyło odrębnie każdego z dwóch zamówień. Nie jest to działanie stricte formalne, ale ma także uzasadnienie chociażby w kwestii wartości zamówień dodatkowych, które nie mogą przekroczyć łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, czyli zamówienia podstawowego odnoszącego się do jednego z dwóch oddzielnych zamówień.

Nadto, Izba przychyliła się do stanowiska w zakresie „braku niezbędności”, skoro docelowo Zamawiający objął postępowaniem zakończonym zawarciem umowy nr 4 /umowa na kontynuację budowy autostrady/ zakres robót objętych ostatecznie zamówieniem dodatkowym, czyli umową nr 3 /umowa o zamówienie dodatkowe/. W tym wypadku, Izba podnosi, że jeśli owa niezbędność istniała, to zasadnym jest pytanie dlaczego od razu po odstąpieniu przez Zamawiającego od umowy nr 1 /umowa na budowę autostrady/, co nastąpiło 14.01.2014 r. - zał. nr 13 do pisma Zamawiającego z 22.05.2015 r. skierowanego do Prezesa UZP, Zamawiający nie wszczął procedury zamówienia dodatkowego, ale objął owe niezbędne roboty postępowaniem ogłoszonym 14.02.2014 r., a zakończonym zawarciem umowy nr 4 /umowa na kontynuację budowy autostrady/, co następnie skutkowało koniecznością ich wyłączenia z zakresu umowy nr 4 /umowa na kontynuację budowy autostrady - zawartej 16.09.2014 r./, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podpisaniu umowy, przy przekazaniu terenu budowy Wykonawcy umowy nr 4 – 30.09.2014 r. - jeden z zał. nr 7 do pisma Zamawiającego z 01.07.2016 r./.

Izba abstrahuje od trybu w jakim miało miejsce owe wyłączenie, gdyż kwestia ta nie znalazła odzwierciedlenia w zarzutach kontroli.

W zakresie konieczności wykazania przesłanki, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Należy przychylić się do stanowiska Prezesa UZP, że Zamawiający od początku realizacji inwestycji miał świadomość istnienia dodatkowych obowiązków (odbioru robót zgodnie z wymogami STWIORB, uzyskania pozwoleń i opinii) wynikających z takiej inwestycji, czyli uznania, że Zamawiający mógł przewidzieć zależność umowy nr 2 /umowa na budowę OUA/ od umowy nr 1 /umowa na budowę autostrady/. W rezultacie opinia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Przeworsku (pismo znak PSNZ.4620-08/14 z 30.06.2014 r.) nie powinna być dla niego zaskoczeniem. Izba, – odnośnie do odstąpienia od umowy nr 1 /umowa na budowę autostrady/ - zgadza się, że nie można od początku zakładać konieczności odstąpienia od umowy, gdyż żaden Zamawiający nie podpisuje kontraktu z założeniem odstąpienia od niego. Należy również zauważyć, że odstąpienie od umowy przy pierwszych problemach realizacyjnych nie byłoby uzasadnione. Przy czym, Izba dostrzegła również, że Zamawiający wskazywał w zastrzeżeniach, że w założeniach prace na obu budowach miały być zsynchronizowane, a wszczęcie postępowania, zakończone podpisaniem umowy nr 2 /umowa na budowę OUA/ było odwlekane w czasie z uwagi na problemy z realizacją umowy nr 1 /umowa na budowę autostrady/. Niewątpliwie więc Zamawiający był świadom, bo sam przyznał to w zastrzeżeniach, istniejących zagrożeń.

Jednocześnie nawiązując do wcześniejszych stwierdzeń należy wskazać, że skoro od początku Zamawiający miał wiedzę, że do pozwolenia na użytkowanie obiektów kubaturowych objętych umowa nr 2 /umowa na budowę OUA/ konieczne są próby, testy i opinie, które są warunkowane dokończeniem zakresu robót podziemnych nie zrealizowanych przez Wykonawcę umowy nr 1, to ich początkowe objęcie postępowaniem przetargowym zakończonym zawarciem umowy nr 4 /umowa na kontynuację budowy autostrady/, tym bardziej było niezrozumiałe. Zamawiający musiał mieć bowiem świadomość, że Wykonawca umowy nr 2 /umowa na budowę OUA/ nie będzie mógł zakończyć realizacji swojej umowy przed pierwotnym terminem realizacji umowy nr 2 /umowa na budowę OUA/ - 30.09.2014 r. /przedłużony następnie do 31.12.2014 r., z uwagi na realizację umowy nr 3 - umowa o zamówienie dodatkowe/, gdyż termin składnia ofert w postępowaniu przetargowym zakończonym zawarciem umowy nr 4 /umowa na kontynuację budowy autostrady/ przypadał na dzień 06.06.2014 r. Wybór oferty najkorzystniejszej ostatecznie nastąpił w dniu 07.08.2014 r. (należało założyć, że nie nastąpi to z dnia na dzień, zważywszy na doświadczenie Zamawiającego), zaś oblig kontroli uprzedniej dodatkowo opóźniał podpisanie umowy i rozpoczęcie realizacji kontraktu (wyniki Prezesa UZP jest z 02.09.2014 r.). Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający wykroczył poza dopuszczalne ramy udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Pzp, jednocześnie naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust.1 Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....