

Sygn. akt: KIO/KD 20/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 kwietnia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 12 marca 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Miasto Mińsk Mazowiecki
ul. Konstytucji 3 Maja 1
05-070 Mińsk Mazowiecki

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* (dalej „*Informacja*”) z dnia 6 marca 2015 r., (znak: UZP/DKUE/KD/3/15)

w przedmiocie postępowania na:

wykonanie robót dodatkowych związanych z przebudową targowiska miejskiego w Mińsku Mazowieckim

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk
	Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* zasługują na uwzględnione w części dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 9 (karczowanie pni) *Informacji*. W pozostałej części zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Mińsk Mazowiecki – udzielił zamówienia dodatkowego o łącznej wartości szacunkowej ustalonej na kwotę 611 630,20 zł (równowartość 152 161,96 euro) do zamówienia podstawowego pn. *Przebudowa targowiska miejskiego w Mińsku Mazowieckim* (umowę w sprawie udzielenia zamówienia podstawowego zawarto z wykonawcą „EL-BUD” xxxxxxxxxxxx w dniu 28 stycznia 2013 r. na kwotę 3 852 957,83 zł) z powołaniem się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym przeprowadził kontrolę doraźną następczą ww. postępowania i sporządził *Protokół kontroli doraźnej następczej* (dalej „*Protokół*”). Oparł się na dokumentach przekazanych przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 24 listopada 2014 r.

W ramach kontroli Zamawiający – w złożonych wyjaśnieniach – podał, że wykonania robót budowlanych dodatkowych nie był w stanie przewidzieć na etapie zamówienia podstawowego, z uwagi na fakt, iż w trakcie robót pojawiła się konieczność wykonania robót nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jednocześnie wskazując – w odniesieniu do zakwestionowanych przez Prezesa UZP robót, że:

- wykonanie przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych – zaszła konieczność zabezpieczenia instalacji wodnej przed niskimi temperaturami (możliwość spuszczenia wody przy bardzo niskich temperaturach), w których umieszczono wodomierze i zawory odcinające dopływ wody – projekt pierwotny nie zakładał takiego rozwiązania (pkt 2 *Informacji*);
- montaż grzejników w pomieszczeniach wc w pawilonach handlowych – montaż nie został ujęty w dokumentacji projektowej, ponieważ założenia projektowe nie obejmowały, że pomieszczenia wc będą użytkowane w okresie zimowym, w związku z tym projekt nie zakładał wykonania instalacji grzewczych w tych pomieszczeniach. Po licznych interwencjach kupców i zarządcy targowiska podjęto decyzję o wykonaniu ogrzewania w pomieszczeniach wc (pkt 4 *Informacji*);

- wykonanie przyłącza kablowego do zasilania pawilonów – w związku z dużym zapotrzebowaniem kupców na pawilony handlowe, w trakcie realizacji umowy podjęto decyzję o wygospodarowaniu terenu na którym w przyszłości wydierżawione zostaną miejsca pod ustawienie pawilonów handlowych przez dzierżawców. W celu umożliwienia zasilania ich w energię elektryczną, podjęto decyzję o wykonaniu przyłącza energetycznego na etapie realizacji robót podstawowych, ponieważ przyłącze należało wykonać jako przyłącze kablowe, ziemne, przed wykonaniem nawierzchni utwardzonej (pkt 6 *Informacji*);
- odkosy na wiatkach handlowych – projekt pierwotny zakładał konstrukcję dachu na wiatkach handlowych jako dach jednospadowy. Na wniosek kupców przeprojektowano dach, wykonując odkosy osłaniające przed wiatrem, deszczem, zacinającym śniegiem (pkt 7 *Informacji*);
- montaż witryn aluminiowych i montaż rolet – dokumentacja projektowa zakładała montaż drzwi i okien aluminiowych. Zmiana drzwi i okien aluminiowych była przedmiotem Projektu budowlanego zamiennego (pkt 8 *Informacji*);
- karczowanie pni – prace nie były ujęte w dokumentacji projektowej, brak pozycji w przedmiarze robót (pkt 9 *Informacji*).

W piśmie z dnia 24 listopada 2014 r. Zamawiający wyjaśnił: *„wykonanie wyżej wymienionych robót budowlanych dodatkowych było niezbędne do realizacji zamierzonej inwestycji przebudowy targowiska miejskiego w Mińsku Mazowieckim. W trakcie realizacji przebudowy pojawiły się roboty konieczne, niezbędne do wykonania których nie można było przewidzieć w dokumentacji projektowej pierwotnej. Pojawiły się one po dokonaniu odkrywek elementów budowlanych pawilonów (fundamenty ściany) oraz sieci, a także z uwagi na wnioski kupców dotyczące lepszego użytkowania i funkcjonowania targowiska miejskiego (wykonanie ogrzewania użytkowanych pomieszczeń w pawilonach, umożliwiające ich użytkowanie w okresie jesienno-zimowym). Roboty dodatkowe wykonano po spisaniu protokołów konieczności oraz na podstawie zatwierdzonej dokumentacji projektowej zamiennej”.*

Pismem dnia 29 stycznia 2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się ponownie do zamawiającego z prośbą o złożenie dodatkowych wyjaśnień, tj.:

1. Dlaczego realizacja każdej z ww. robót była niezbędna do prawidłowego wykonania

zamówienia podstawowego;

2. Jakie okoliczności faktyczne spowodowały, że robót wymienionych w ww. punktach (...) nie można było przewidzieć na etapie realizacji zamówienia podstawowego.

Ponadto Zamawiający został poproszony o wskazanie, jakie były wartości szacunkowe poszczególnych robót budowlanych.

Pismem z dnia 6 lutego 2015 r. Zamawiający odniósł się do poszczególnych punktów i wyjaśnił, iż:

„Ad. pkt 2

Na etapie projektowania założono, że pawilony handlowe będą użytkowane tylko w okresie dodatnich temperatur. Lokale nie są ogrzewane. Zachodziła obawa o zamarzanie instalacji wodnej. W celu uniknięcia i wykluczenia awarii instalacji wodnych w lokalach handlowych, w okresie zimowym wykonano podłączenie przyłączy do studni wodociągowych szt. 5, w których umieszczono wodomierze i zawory umożliwiające odcięcie dopływu wody w okresie niskich temperatur.

O możliwość użytkowania pawilonów w okresie zimowym wnioskowali kupcy. Okoliczność ta powstała po wykonaniu dokumentacji projektowej.

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 18.485,40 zł.

(...)

Ad. pkt 4

Montaż grzejników w pomieszczeniach WC w pawilonach handlowych jest konsekwencją zmiany założenia, że pawilony będą użytkowane całorocznie. Projekt nie przewidywał ogrzewania wc, co wykluczało ich użytkowanie w okresie niskich temperatur (zamarzanie i awarie instalacji). Obecnie pawilony przystosowane są do użytkowania całorocznego. W powyższej sprawie wnioskowali kupcy.

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 1.916,53 zł.

Ad. pkt 6

Wykonanie przyłączy kablowych do zasilania pawilonów handlowych do wybudowania w przyszłości należało wykonać w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, ponieważ poprowadzenie ich było konieczne przed ułożeniem utwardzenia nawierzchni (duże zapotrzebowanie kupców na pawilony handlowe, czego nie można było przewidzieć na etapie projektowania).

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 32.006,33 zł.

Ad. pkt 7

Projekt pierwotny zakładał konstrukcję dachu na wiatkach jako dach jednospadowy. W trakcie realizacji zamówienia podstawowego, kupcy wystąpili z wnioskiem o wykonanie „odkosów” odsłaniających ich przed wiatrem, opadami deszczu i śniegu (poprawa warunków użytkowania).

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 33.962,93 zł.

Ad. pkt 8

Zmiana zaprojektowanych okien na witryny i rolety nastąpiła na podstawie dokumentacji projektowej zamiennej – decyzja Starosty Mińskiego o pozwoleniu na budowę nr 773/13 z dnia 20 sierpnia 2013 r. (nr sprawy AB.6740.2.124.2013), w celu umożliwienia bezpośredniej sprzedaży z witryn bez konieczności wchodzenia klienta do wnętrza pawilonu (poprawa użytkowania).

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 218.410,80 zł.

Ad. pkt 9

Prace nie zostały ujęte w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót ponieważ drzewa zostały wycięte przed opracowaniem dokumentacji projektowej, a karpy drzew w ilości 9 szt. nie zostały usunięte.

Przy robotach związanych z utwardzeniem terenu zaszła konieczność ich usunięcia.

Wartość szacunkowa (kosztorysowa) robót wynosiła – 4.134,73 zł.

Wyżej opisane okoliczności faktyczne spowodowały, że robót wymienionych w powyższych punktach nie można było przewidzieć na etapie realizacji zamówienia.

Realizacja ww. robót była niezbędna do wykonania zamówienia podstawowego ponieważ wykonanie tych robót było ściśle związane z technologią wykonania prac budowlanych. Wykonanie ich umożliwiło całoroczne użytkowanie pawilonów oraz polepszone warunki ich użytkowania”.

Prezes UZP, odnosząc się do powyższych wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego oraz ustalonego w toku postępowania wyjaśniającego stanu faktycznego przedmiotowego postępowania wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe, ponieważ 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, co oznacza,

że jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał także, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

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

Kontrolujący stwierdził, że z powyższego wynika, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wskazanych poniżej okoliczności (przesłanki obligatoryjne):

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

Kontrolujący podniósł, że spełnienie przez Zamawiającego ww. przesłanek nie powoduje jeszcze jednak, iż może on udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki, ponieważ muszą w danym stanie faktycznym zachodzić również okoliczności wymienione w lit. a) lub lit. b) artykułu 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podniósł nadto, że udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane

z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego, a konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego.

Kontrolujący stwierdził, że zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego, przy czym sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego – nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (Kontrolujący powołał się na wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99) .

Prezes UZP przyjął, że w stosunku do ww. robót dodatkowych nie została spełniona przesłanka konieczności ich wykonania wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Prezes UZP argumentował, że uzasadniając konieczność wykonania powyższych robót Zamawiający wskazał zasadniczo albo na możliwe negatywne następstwa funkcjonowania obiektów w warunkach zimowych (pkt 2 i 4) albo na wnioski składane przez ich użytkowników (pkt 6, 7 i 8), podkreślając że występowanie warunków zimowych i ich skutków dla funkcjonowania tego typu obiektów znajdujących się na targowisku nie jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia na etapie przetargu nieograniczonego, zaś roboty, o jakich mowa w pkt 6-8 są następstwem nienależytego przeprowadzenia przed wszczęciem przetargu nieograniczonego m.in. konsultacji z kupcami oraz zarządcą targowiska i również nie spełniają one obiektywnej przesłanki nieprzewidywalności.

Uznał, że doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie robót: pkt 2 – wykonanie przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych, pkt 4 – montaż grzejników w pomieszczeniach w pawilonach handlowych, pkt 6 – wykonanie przyłącza kablowego do zasilania pawilonów, pkt 7 – odkosy na wiatkach handlowych, pkt 8 – montaż witryn aluminiowych i montaż rolet, pkt 9 – karczowanie pni.

Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp przysługuje mu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia *Informacji*.

Pismem z dnia 12 marca 2015 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do *Informacji*, odnosząc się do poszczególnych robót budowlanych i wskazując, iż:

„Ad pkt 2 i 4 O konieczności wykonania studzienek wodomierzowych oraz montażu grzejników zarządca targowiska oraz użytkownicy pawilonów handlowych poinformowali Zamawiającego po przystąpieniu do realizacji przedmiotowego zadania. Po konsultacjach z autorem dokumentacji okazało się że jest to skutek błędu projektowego. W związku z powyższym, Zamawiający podjął decyzję o wykonaniu przedmiotowych robót budowlanych. Powyższej okoliczności Zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie wszczęcia postępowania przetargowego.

Ad 6 Na etapie opracowania dokumentacji projektowej targowiska i uzyskania decyzji pozwolenia na budowę nie było tematu budowy pawilonów handlowych stanowiących własność kupców, a więc nie zaprojektowano przyłączy kablowych. Działania te były zgodne z wytycznymi Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich w zakresie braku możliwości budowy takich pawilonów przez kupców. W trakcie realizacji zadania na skutek nacisku kilkudziesięciu dzierżawców zainteresowanych w tej sprawie przeprowadzono rozmowy w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych i uzgodniono że budowa takich pawilonów jest możliwa pod warunkiem wyłączenia przedmiotowego terenu z dofinansowania w ramach PROW. Podjęta została decyzja o wyłączeniu niezbędnego terenu dla wybudowania przez kupców 56 pawilonów. Należy podkreślić, że w ten sposób umożliwiono postawienie nowych pawilonów wszystkim kupcom posiadającym przed modernizacją swoje obiekty handlowe na targowisku. Ze względu na to, iż wykonanie zasilania przyłączy do wydzierżawionych przez kupców powierzchni handlowych musiała być wykonana przed utwardzeniem terenu stwierdzono konieczność ich wykonania na etapie realizacji zadania. W tym miejscu pragnę podkreślić, iż nie można było wykonać wyżej wskazanych robót w innym terminie, przez innego wykonawcę z uwagi na utratę gwarancji utwardzenia terenu (konieczność rozebrania i ponownego ułożenia utwardzenia terenu). W związku z powyższym na etapie opracowania dokumentacji projektowej niemożliwa była do przewidzenia zmiana założeń Programu, z którego Miasto uzyskało dofinansowanie.

Ad 7 Na etapie opracowania dokumentacji projektowej przyjęto po konsultacjach, iż wiaty zostaną pokryte dachem jednospadowym. Wyżej wskazane rozwiązania są powszechnie stosowane. W trakcie wykonywania robót budowlanych po wykonaniu pierwszej konstrukcji stwierdzono, iż woda, śnieg przedostaje się na stanowisko handlowe, co utrudnia kupcom handel. W związku z powyższym, kupcy wystąpili z wnioskiem o wykonanie odkosów, które ograniczą przedostawanie się wody i śniegu na stanowisko handlowe. Po ponownej analizie i konsultacji z autorem projektu podjęto decyzję o konieczności wykonania odkosów. Wadę

dokumentacji projektowej w tym zakresie uznano za błąd projektowy.

Ad 8 Dokumentacja projektowa przewidywała obsadzenie okien i drzwi pawilonów handlowych w ścianach o grubości 24 cm, po wykonaniu obmiaru z natury i miejscowych odkrywek. Po demontażu obudów wykonanych przez administratora targowiska i kupców stwierdzono, iż ściany mają grubość 12 cm i są w bardzo złym stanie technicznym. Ponadto zostały wybudowane bez fundamentów. W związku z powyższym podjęto decyzję o wykonaniu ściany lekkiej z płyt warstwowych i wykonaniu witryn wraz z roletami zewnętrznymi. Na powyższe opracowano rysunki zmienne oraz uzyskano zmianę decyzji pozwolenia na budowę zgodnie z ustawą prawo budowlane. Biorąc pod uwagę Zamawiający stoi na stanowisku, iż w momencie opracowania dokumentacji projektowej bez dokonania rozbiórki zabudowanych elementów konstrukcyjnych pawilonów handlowych nie dało się przewidzieć, iż przyjęte rozwiązania projektowe będą niemożliwe do zrealizowania.

Ad 9 W dokumentacji projektowej nie ujęto karczowania karp pni w ilości 9 szt., ponieważ karpie te znajdowały się pod powierzchnią humusu i nie można ich było zlokalizować na etapie opracowania mapy do celów projektowych oraz dokumentacji technicznej. Po przystąpieniu do zdjęcia warstwy humusu odkryto 9 karp ściętych pni drzew. Ze względu na to, iż te kolidowały z opracowaną dokumentacją projektową należało je usunąć.

Biorąc powyższe wyjaśnienia pod uwagę nie mogę zgodzić się ze stanowiskiem Kontroli, iż Zamawiający podczas przygotowania postępowania przetargowego, a w szczególności opracowania dokumentacji projektowej nie dołożył należytej staranności. Dowodem na to są liczne konsultacje z zarządcą targowiska oraz kupcami w zakresie określenia ich potrzeb. Wykonanie wyżej opisanych robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia ze względu na ukryte wady dokumentacji projektowej, zmianę stanowiska dotującego w zakresie wydzierżawienia części powierzchni handlowych, oraz odkrywki dokonane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Zarówno na etapie przygotowania, jak i realizacji przebudowy targowiska miejskiego w Mińsku Mazowieckim, Zamawiający dokładał wszelkich starań, aby inwestycja ta została zrealizowana jak najlepiej. W tym miejscu pragnę podkreślić, iż na etapie opracowania dokumentacji projektowej, Zamawiający nie mógł przewidzieć wyżej podnoszonych przez kontrolę okoliczności pomimo dogłębnej analizy przedmiotu zamówienia”.

Odnosząc się do zastrzeżeń Prezes UZP stwierdził, że brak jest w nich nowych argumentów, w tym wskazania okoliczności z których by wynikało, że wykonanie ww. prac budowlanych stało się konieczne na skutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do

przewidzenia. Oceniał, że argumenty przedstawione w zastrzeżeniach zasadniczo są podobne do tych, jakie przedstawił Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 6 lutego 2015 r., z których nie wynikało, że wykonanie robót budowlanych stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, z tą różnicą, że pierwotne rozwiązania z dokumentacji projektowej (dot. prac wskazanych w pkt 2, 4, 7, 8 i 9) zamawiający uznał dodatkowo za błędy projektowe, możliwe do naprawienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Prezes UZP podniósł, że jedną z właściwości zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie musi stać się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy czym wskazał, że nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć przy tym charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego co oznacza, że dotyczy sytuacji, w których Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług – nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności.

Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko, iż w analizowanym stanie faktycznym nie ziszcila się przesłanka, iż konieczności realizacji zamówienia nie można było przewidzieć wcześniej, tj. na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Podniósł, że choć Zamawiający w zastrzeżeniach do kontroli wskazał, iż dokumentacja projektowa zawierała inne rozwiązania lub zawierała błędy, to jednak 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. Stwierdził, że nieuwzględnienie przez projektanta niektórych robót koniecznych – z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa, bądź z punktu widzenia technologii wykonania robót, nie czyni powodów wykonania prac dodatkowych obiektywnymi. Jakość projektu i przedmiarów będących częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawsze obciążają Zamawiającego jako podmiot

odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia. Uznał, że argument Zamawiającego, iż sporządzona na zlecenie Zamawiającego dokumentacja projektowa zawiera błędy lub inne rozwiązania nie może zostać uwzględniony ze względu na fakt, że uchybienia projektanta nie stanowią przyczyn o obiektywnym charakterze, mogących uzasadniać udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Kontrolujący jako okoliczność nie bez znaczenia zakwalifikował to, że o konieczności wykonania kwestionowanych w *Informacji* robót budowlanych, Zamawiający powziął informację dopiero po interwencji użytkowników (kupców) lub z ich inicjatywy. Uznał, że konsultacje prowadzone przez Zamawiającego z zarządcą targowiska oraz kupcami nie zostały przeprowadzone z należytą starannością lub zostały przeprowadzone w niewłaściwym czasie, co stanowiło rzeczywistą przesłankę udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w celu dostosowania obiektów do oczekiwań ich użytkowników. Prezes UZP stwierdził, że z niczego nie wynika, że Zamawiający był zobligowany do uwzględnienia wszystkich żądań kupców zgłoszonych dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego, jak też fakt zgłaszania takich żądań na tym etapie, nie uprawniał go do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tj. z pominięciem trybu przetargowego.

Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji* i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, wobec czego przekazał zastrzeżenia Zamawiającego, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba ustaliła, że kontrolowane przez Prezesa UZP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia jest postępowaniem wszczętym przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) toteż rozpoznała te zastrzeżenia w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie przepisów przywołanej nowelizacji ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu przy piśmie z dnia 24 listopada 2014 r., *Protokołu kontroli doraźnej następczej, Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej*, zastrzeżeń Zamawiającego przekazanych przy piśmie z dnia 12 marca 2015 r., stanowiska Kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 30 marca 2015 r. po złożeniu zastrzeżeń, Izba z wyjątkiem dotyczącym pkt 9 *Informacji*

(karczowanie pni) uznała za prawidłowe przypisanie Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w przypadku dotyczącym punktów 2,4, 6-8 *Informacji*, dzielając także zaprezentowaną przez Kontrolującego w odniesieniu do tych punktów argumentację.

Pomijając kwestię, czy uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki było tożsame w momencie wszczęcia postępowania z tym prezentowanym przez Zamawiającego w toku postępowania kontrolnego [podkreślić należy, że w *Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki* – pkt 3 *Uzasadnienie wyboru trybu postępowania, Wniosku do Burmistrza Miasta* z dnia 10 października 2013 r. – pkt 8 *Przesłanki faktyczne i prawne do zastosowania trybu niekonkurencyjnego np. zamówienia z wolnej ręki*, jak i w *Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia* (BZP Nr 463216-2013 z dnia 14 listopada 2013 r.) Załącznik I (*uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu oraz wyjaśnienie, dlaczego udzielenie zamówienia jest zgodne z przepisami*) Zamawiający podał uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki na wykonanie robót dodatkowych związanych z przebudową targowiska miejskiego w Mińsku Mazowieckim będące niemal wyłącznie powtórzeniem brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Pzp (elementem „nowym” jest jedynie wskazanie, że zamówienia dodatkowe zostały wyszczególnione w Protokole konieczności z dnia 3 października 2013 r.)], zaś w kolejno składanych wyjaśnieniach argumentacja Zamawiającego była poszerzana, to bez wątpienia uzasadnienie to nie pozwalało Zamawiającemu na pominięcie konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy robót.

Izba stanęła na stanowisku, że wykonanie wyspecyfikowanych w *Informacji* robót było następstwem wniosków osób bezpośrednio zainteresowanych użytkowaniem obiektów targowiska – kupców, których chęci pozyskania obiektów w najwyższym stopniu odpowiadających ich potrzebom nie sposób kwestionować, jednak – jak trafnie podniósł Kontrolujący – Zamawiający (wydatkujący publiczne pieniądze) kwestie te był zobligowany poddać analizie i ostatecznym decyzjom na etapie opracowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Ówczesne zaniechanie Zamawiającego lub późniejsze uleganie dodatkowym postulatam kupców nie może stanowić usprawiedliwienia i uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Szczególnie widocznym (dodatkowe postulaty) jest to w przypadku wykonania przyłączy kablowych do zasilania pawilonów handlowych – jak podał Zamawiający: „*Na etapie opracowania dokumentacji projektowej targowiska i uzyskania decyzji pozwolenia na budowę nie było tematu budowy pawilonów handlowych stanowiących własność kupców (...) na skutek nacisku kilkudziesięciu dzierżawców zainteresowanych w tej sprawie (...) uzgodniono, że budowa*

takich pawilonów jest możliwa pod warunkiem wyłączenia przedmiotowego terenu z dofinansowania PROW (pkt 6).

Trafnie także Kontrolujący podniósł, że to Zamawiający w pełni odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, toteż bez znaczenia dla oceny zasadności późniejszego zastosowania zamówienia z wolnej ręki pozostają błędy i przyjęte przez projektanta rozwiązania, o ile z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa oraz technologii wykonania robót nie może ich zakwalifikować jako obiektywnych (pkt 2 – wykonania przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych przy pawilonach handlowych – zamarzanie wody pozostawionej w instalacji wodnej).

Dodatkowo Izba wskazuje, że nie do zaakceptowania jest stanowisko Zamawiającego, iżby w przypadku montażu grzejników w pomieszczeniach wc w pawilonach handlowych doszło do błędów projektowych skoro na etapie projektowania w ogóle nie zakładano, że będą ogrzewane, a stało się to dopiero „*po licznych interwencjach kupców i zarządcy targowiska*” (pkt 4).

Podobnie nie można przypisać wad projektowi w przypadku odkosów na wiatkach handlowych w sytuacji, gdy sam Zamawiający wskazał: „*Na etapie opracowania dokumentacji projektowej przyjęto po konsultacjach, iż wiaty zostaną pokryte dachem jednospadowym. Wyżej wskazane rozwiązania są powszechnie stosowane*”. Fakt, iż odkosy wydały się kupcom rozwiązaniem lepszym („*na wniosek kupców przeprojektowano dach, wykonując odkosy osłaniające przed wiatrem, deszczem, zacinającym śniegiem*”; dodatkowo: „*W trakcie realizacji zamówienia podstawowego kupcy wystąpili o wykonanie „odkosów” osłaniających ich przed wiatrem, opadami deszczu i śniegu (poprawa warunków użytkowania)*), nie oznacza, że pierwotnie przyjęte rozwiązanie było wadliwe (pkt 7).

W odniesieniu do montażu witryn aluminiowych i montażu rolet, w przypadku których Zamawiający argumentował, że zmiana zaprojektowanych pierwotnie okien na witryny i rolety nastąpiła „*w celu umożliwienia bezpośredniej sprzedaży z witryny bez konieczności wchodzenia klienta do wnętrza pawilonu (poprawa użytkowania)*”, Izba stanęła na stanowisku, że to właśnie inicjatywa kupców była pierwotną przyczyną zmiany (pkt 8).

Izba uznała natomiast, że nie jest zasadnym przypisanie Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w przypadku dotyczącym pkt 9 *Informacji* – karczowanie pni – z tego względu, że choć Kontrolujący stwierdził, że także w tym przypadku nie została spełniona przesłanka konieczności wykonania robót w skutek wystąpienia

sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, to nie uzasadnił przyjętego stanowiska. Wskazać bowiem należy, że w *Informacji* (str. 8) Kontrolujący, negatywnie oceniając uzasadnienie przez Zamawiającego konieczności wykonania robót opisanych w pkt. 2,4,6-9 *Informacji* nie odniósł się jednak w ogóle do pkt. 9, argumentując jedynie co do pkt. 2 i 4, że uzasadnieniem wykonania robót dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki nie mogą być negatywne następstwa funkcjonowania obiektów w warunkach zimowych, ani wnioski składane przez użytkowników – co do pkt. 6-8.

Co więcej, Kontrolujący w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego podniesionej w piśmie z dnia 12 marca 2015 r., tj. że karpy, których nie ujęto w dokumentacji znajdowały się pod powierzchnią humusu i nie można było ich zlokalizować na etapie opracowania mapy do celów projektowych oraz dokumentacji technicznej, a które zostały odkryte dopiero po zdjęciu warstwy humusu. Powyższe, w ocenie Izby, nie daje podstawy do kwestionowania zamówienia na roboty budowlane dodatkowe z racji ich nieprzewidywalności na etapie zamówienia podstawowego i nie objęcia zamówieniem podstawowym z uwagi na fakt, że były to roboty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....